

BÜLTEN

NİSAN / Sayı:1



PIŞKIN | Hukuk Bürosu

BÜLTEN

HUKUK DERGİSİ

YAYIN SAHİBİ

Serhat PİŞKİN
Ferhat PİŞKİN
G. Aslı PİŞKİN
Gizem ÖRSEL PİŞKİN
Esmâ KOCATEPE

SORUMLU MÜDÜR/EDİTÖR

Serhat Pişkin

İLETİŞİM

Saltak Caddesi No:66/6 20100
DENİZLİ - TÜRKİYE
T: 0090 258 264 33 33/32
F:0090 258 2421331

YAYIN

Yerel-Sürelî

TASARIM

Selver Yılmaz

BASKI

ETK Etiket Ambalaj Tekstil San ve Tic
Ltd Şti

ADRES

Zafer Mah. 1002 Sok. No: 21 Merkeze-
fendi DENİZLİ.

Not: Bülten içindekiler herhangi bir özel husus veya hukuki konuya dair hukuki görüş veya danışmanlık vermek ya da reklam amaçlı olarak yorumlanamaz. Okuyucuların hukuki uyuşmazlıkları ile ilgili hukuki görüş için mutlaka bir hukukçuya/avukata danışması tavsiye olunur. Bülten ile ilgili daha fazla bilgi için lütfen irtibata geçiniz.

Merhaba;

Uzun süredir, ofisimiz planları arasında olan Bülten’i nihayet siz değerli okuyucuları olan iş ortaklarımız ve müvekkillerimizin arzına sunmaktan dolayı tarifsiz bir gurur ve mutluluk duymaktayız.

Bu Bülten, güncel olarak sürekli gelişen ve değişen hukuk ile ilgili bu değişim ve gelişimin takibini kolaylaştırma ve bilginin paylaştıkça çoğalacağı inancına bağlı olarak bu ihtiyaçla hazırlanmıştır. Takdir edeceğinizi umduğumuz üzere, Türkiye ekonomisinin çok çabuk reaksiyon göstermesi ve değişik alanların ve çeşitli faaliyet kollarının ortaya çıkıp gelişmesi birlikte değerlendirildiğinde, işletmelerin hemen hemen hepsini yakından ilgilendiren ticari işletme hukuku, şirketler hukuku, fikri ve sınai haklar hukuku, kambiyo hukuku, vergi hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku ve günümüzün olmazsa olmazı bankacılık ve rekabet hukukundan kaynaklanan hukuki anlaşmazlıklar ve uyuşmazlıkların ortaya çıkış şekli ve buna bağlı olarak çözümü ve/ya da giderilmesi de değişiklik/çeşitlilik göstermekte ve bu gelişmelerin takibi de ciddi zaman ve emek istemektedir.

İşte elinizde bulunan bu bülten, ilk günden beri bu fikre sahip çıkarak emek ve zaman sarf eden, çok büyük bir özveriyle çalışan, bilimsel çalışmaların önemine ve bilimsel verilerin yol göstericiliğine inanmış bir ekibin/ofisin eseridir. İlk defa hazırlanan elinizdeki bu Bülten, tabii ki de eksiksiz olduğu iddiasında değildir; fakat “marifet iltifata tabidir, ” sözünde de belirtildiği üzere öncelikle yapıcı eleştiri beklemekte ve de; faydalı olma, takdir görme amacı, inancı ve umudu taşımaktadır. Bu inanç ve umut da sonraki Bülten(ler) için bize heyecan, cesaret, sabırsızlık ve çalışma şevki vermektedir.

Daha adaletli günlerde ve bir sonraki Bülten’de görüşmek dileğiyle...

PİŞKİN Hukuk Bürosu



İÇİNDEKİLER

KANUNİ TEMSİLCİLERİN ANAYASA MAHKEMESİNİN 19.03.2015 TARİH, 2014/144 E VE 2015/29 K SAYILI İPTAL KARARI SONRASI KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

5-10

İŞ HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN BÜYÜK BİR KISMININ İŞVERENLER ALEYHİNE SONUÇLANMASININ NEDENLERİ HAKKINDA İNCELEME

11-16

İFLASIN ERTELENMESİ PROSEDÜRÜNDE ALACAKLININ DURUMU

17-28

ULUSLAR ARASI TİCARİ TAHKİM

29-36

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİNE, KEFİL OLMA EHLİYETİNE VE EŞİN RIZASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN AVAL KURUMU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

37-42



Serhat **PIŞKIN**
Avukat - Attorney At Law

KANUNİ TEMSİLCİLERİN ANAYASA MAHKEMESİNİN 19.03.2015 TARİH, 2014/144 E VE 2015/29 K SAYILI İPTAL KARARI SONRASI KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

(6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35. Maddesinin 5. ve 6. Fıkralarının İptali Üzerine Değerlendirme)

Kamu alacaklarının ödenme-
si, zamanında ödenmemesinin
sonuçları ve kamu gücü kullanıl-
mak suretiyle tahsili ve kişilerin
sorumluluğu 6183 sayılı Amme
Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkın-
da Kanunda ayrıntılı olarak düzen-
lenmiştir.

Kanunun mükerrer 35. Maddesi Kanuni Temsilcilerin kamu borçlarından sorumluluğunu düzenlemek-
tedir¹. Kanuni temsilciler anılan maddedeki şartlar
oluştugu takdirde temsilcisi oldukları tüzel kişilerle,
küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi
tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin kamu borçlarından
şahsi malvarlıklarıyla sorumlu tutulmaktadır. Yani,
kısaca kamu borçları kanuni tipteki şartlar oluştuğu
takdirde kanuni temsilcilerin malvarlıklarından kamu
gücüne dayanılarak tahsil edilmektedir. Bu noktada
hemen belirtmekte yarar vardır ki, Kanunun mükerrer
35. maddesi vergi borçları dahil tüm kamu borçlarını
kapsamaktadır.

Danıştay 4. Dairesi yukarıda anılan maddeye ilişkin
olarak incelediği bir uyuşmazlıkta, 6183 sayılı Ka-

nunun mükerrer 35. Maddesine 06.06.2008 tarihin-
de 5766 sayılı Kanunun 4. Maddesiyle eklenen 5. ve
6. Fıkrasının Anayasa'nın 2. Maddesine aykırı olduğu
gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine
başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme
neticesinde 19.03.2015 Tarih, 2014/144 E ve 2015/29 K
sayılı kararıyla² iptali istenilen maddelerin Anayasa'nın
2. Maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

İptal kararından sonraki ilk vergilendirme yılının yeni
başlaması bu itibarla Anayasa Mahkemesi kararının
güncelliğini koruduğu inancı ve karardan sonra ortaya
çıkan uyuşmazlıkların çoğunun halen derdest olması
tarafımızı bu konuda çalışma yapmaya yöneltmiştir.
Ancak hukuk uygulayıcısı olarak yapılan iş bu çalışma-
da, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ve gerekçesinin
hukuka uygunluğundan ziyade; uygulamaya ilişkin
olarak Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önceki
durum ile iptal kararından sonra oluşan yeni durum
hakkında açıklama yapmaya çalışılacaktır.
Bu minvalde çalışmamız iki ana bölümden oluşturul-
muş olup, öncelikle iptal edilen yasa hükümleri ve
uygulamadaki (eski) durum hakkında, ardından ise iptal
kararının uygulamada doğuracağı sonuçlar hakkında
açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır.

¹Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu
Mükerrer Madde 35 - Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar
ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından
tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği
anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği
olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun
hükümlerine göre tahsil edilir.
Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır.

Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları,
kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait
sorumluluklarını kaldırmaz.
Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde ge-
reğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler
²19.03.2015 Tarih, 2014/144 E ve 2015/29 K sayılı kararı ve kararın
gerekçesi için bakınız 03.04.2015 Tarihli 29315 Sayılı Resmi Gazete.

I. İPTAL EDİLEN YASA HÜKÜMLERİ (6183 SAYILI KANUNUN MÜKERRER 35. MADDESİNİN 5. VE 6. FIKRASI)

Anayasa Mahkemesi 2014/144 E ve 2015/29 K sayılı
kararı ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü
Hakkında Kanunun "Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu"
başlıklı mükerrer 35. Maddesinin 2008 yılında 5766
sayılı Kanunla eklenen; 5. fıkrasında yer alan "Amme
alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda
kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı

şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının
ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur." hükmü
ile, 6. fıkrasında yer alan "Kanuni temsilcilerin sorum-
luluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer
alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu
ortadan kaldırmaz." Hükmü iptal edilmiştir.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINDAN ÖNCEKİ HUKUKİ DURUM/UYGULAMA

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce, 6183
sayılı Kanunun mükerrer 35. Maddesinin 5. Fıkrası ile
Kanun Koyucu, hem kamu alacağının doğduğu hem de
ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya
teşekkülü idare edenler farklı olsa da her iki kişiyi
de söz konusu kamu alacağından müteselsilen so-
rumlu tutmuştur. Her ne kadar 5766 sayılı Kanunun
gerekçesinde belirtilmemişse de, Kanun Koyucu bu
düzenlemeyi 2008 yılında kamu alacağının tahsilini daha
da güvence altına almak için getirdiği kanaatindeyiz.

Ancak her ne kadar 5. Fıkra ile ilişkin düzenleme ala-
cağın tahsilini kolaylaştırma gayesini taşısa da; vergi
ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında
ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin,
kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının
bulunmadığı bir dönemde gerçekleş(mey)en bir eylem-
den müteselsilen sorumlu tutulmaları gibi haksız bir
durum meydana getirmekteydi.
6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. Maddesinin 6. Fıkrası
ile kanuni temsilcilerin sorumluluğu kusursuz sorum-
luluk olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme
yapılmadan (2008 yılından) önce kanuni temsilcilerin
sorumluluğuna ilişkin olarak vergi borçları yönünden
Vergi Usul Kanunun 10. Maddesi³ ile 6183 sayılı Ka-
nunun 35. Maddesinin hangisinin uygulanacağı sorunu

mevcuttu⁴. Kanun Koyucu 5766 sayılı Kanun ile bu
sorunun önüne geçmeyi ve vergi borçları yönünden de
6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. Maddesinin uygulan-
masını, yani vergi borçlarından da kanuni temsilci-
lerin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu
tutulmasını amaçlamış ve bu yöndeki düzenlemeyi
yapmıştır.

Gerçekten Vergi Usul Kanununun 10. Maddesi tüm
kanuni temsilcileri değil ancak kanuni ödevleri yerine
getirmeyen kanuni temsilcilere sorumluluk yüklemek-
tedir, yani söz konusu maddeye göre kanuni temsilcile-
rin sorumlu kabul edilebilmesi için kusura dayalı olarak
vergilendirmeye veya kamu alacağının tahsiline yönelik
ödevlerin ihlal edilmesi ve vergi borcunun ödenmemesi
ile bu ihlal edilen ödevler arasında uygun illiyet bağının
bulunması gerekmektedir⁵. Ancak iptal edilen fıkrada
yukarıda da zikredildiği üzere bu tür bir ayırım getir-
ilmemiştir. Yani mükerrer 35. Maddenin 6. Fıkrasına
göre kanuni temsilcilerin tüzel kişilerle küçüklerin
ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği
olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya
kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği
anlaşılan amme alacaklarından olan sorumluluğu
kendilerine yüklenen kanuni ödevleri yerine getirip
getirmediklerine bakılmaksızın salt kanuni temsilci



olmalarından kaynaklanmaktaydı.

Kanun Koyucunun tüm çabalarına rağmen uygulama-
da her iki kuraldan hangisinin uygulanacağı yönünde
belirsizlik hali mevcuttu ve bu da hukuk devleti ilkesiyle
bağdaşmamaktaydı.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARINDAN SONRAKİ DURUM

Tüm bu tartışmalar devam ederken, Anayasa Mahkemesi
2014/144 E ve 2015/29 K sayılı kararı ile 6183 sayılı Ka-
nununun mükerrer 35. Maddesine 06.06.2008 tarihinde
5766 sayılı Kanunun 4. Maddesiyle eklenen 5. ve 6.
Fıkrasının iptaline karar vermiştir.

Bu iptal kararıyla 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35.
Maddesi ilk haline gelmiştir. Böylece iptal kararının
Resmi Gazete yayımlandığı tarih olan 03.04.2015 tarihi
itibarıyla kanuni temsilciler yalnızca temsilci oldukları
döneme ilişkin kamu borçlarından sorumlu olacaktır.
Yine iptal kararıyla tüm tartışmalar sona ermiş ve vergi
ve buna bağlı alacaklar bakımından kanuni temsilcilere
yönelik uygulanacak tek maddenin VUK'un
10. maddesi olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi
nihai kararını 03.04.2015 tarihinde açıklamıştır.

Buna göre, kanuni temsilciler;
temsilcisi oldukları tüzel kişilerle
küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve
cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan
teşekküllerin mal varlığından tama-
men veya kısmen tahsil edilemeyen
veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan

getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan
mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır.
Temsilciler veya teşekkülü idare edenler bu suretle ödedikleri vergiler
için asıl mükelleflere rücu edebilirler.
Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni
temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumlu-
luklarını da kaldırmaz.

³Kanuni temsilcilerin ödevi: Madde 10 - Tüzel kişilerle küçüklerin ve
kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküller-
in mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödev-
ler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler
ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir.
Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden
mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya
kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine



amme alacaklarından ancak ve
ancak kanuni ödevlerini yerine
getirmemeleri halinde ve sadece
kanuni temsilci olarak görevli
bulundukları döneme ait amme
borçlarından sorumlu olacaklardır.

Yani, tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve
cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin amme
borçlarından kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilme-
si için şu 3 şartın birlikte gerçekleşmesi zorunludur:

1. Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve
cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal
varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi
veya tahsil edilemeyeceğinin somut emare ve delillerle
anlaşılması gerekmektedir.

2. Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve

cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal
varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen
veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağının
kanuni temsilcinin görevi süresi içerisinde meydana
gelmesi ve/ya da ödenmemesi gerekmektedir.

3. Kanuni temsilcinin görev süresi içerisinde ver-
gilendirme ve/ya da kamu alacağının tahsiline yönelik
ödevlerini ihlal etmesi ve vergi borcunun ödenmemesi
ile ihlal edilen ödevler arasında uygun illiyet bağının
olması gerekmektedir.

Bu üç şart birlikte gerçekleşmediği sürece vergi borçlu-
su olan tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar
ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin
amme borçlarından dolayı kanuni temsilcilerinin
malvarlığıyla sorumlu olması Anayasa Mahkemesinin
19.03.2015 Tarih, 2014/144 E ve 2015/29 K sayılı iptal
kararı sonrası artık mümkün ve muhtemel gözükme-
mektedir.

⁴Aslanpınar, Burak; "Kusurlu Olmayan Kanuni Temsilcinin Vergi Bor-
cundan Sorumlu Tutulamayacağı Yönündeki Anayasa Mahkemesi Kararı
ve Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme" (Yaklaşım Dergisi, Haziran 2015,
Sayı: 270, s. 252-259).

⁵Kaneti, Selim; Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 88
v.d.; Karakoc, Yusuf; Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, 2014
Ankara, s. 220 v.d.; Saban, Nihal; Vergi Hukuku, 5. Bası, Beta Yayın-

ları, s. 99-100; Helvacı'ya göre söz konusu sorumluluk da kusursuz
sorumluluk hali olup; ancak kanuni temsilciye kanuni ödevlerini yerine
getirdiğini ispatlayarak kusursuz sorumluluktan kurtulabilme imkanı
tanınmıştır. Ayrıntılı açıklama için bakınız Helvacı, Mehmet; Anonim
Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Beta
Yayınları, Mayıs 2001, s. 102-105.

SONUÇ

•Anayasa Mahkemesinin 19.03.2015 Tarih, 2014/144 E ve 2015/29 K sayılı iptal kararı hakkaniyet ve hukuk devleti ilkesi yönünden önemli bir karardır.

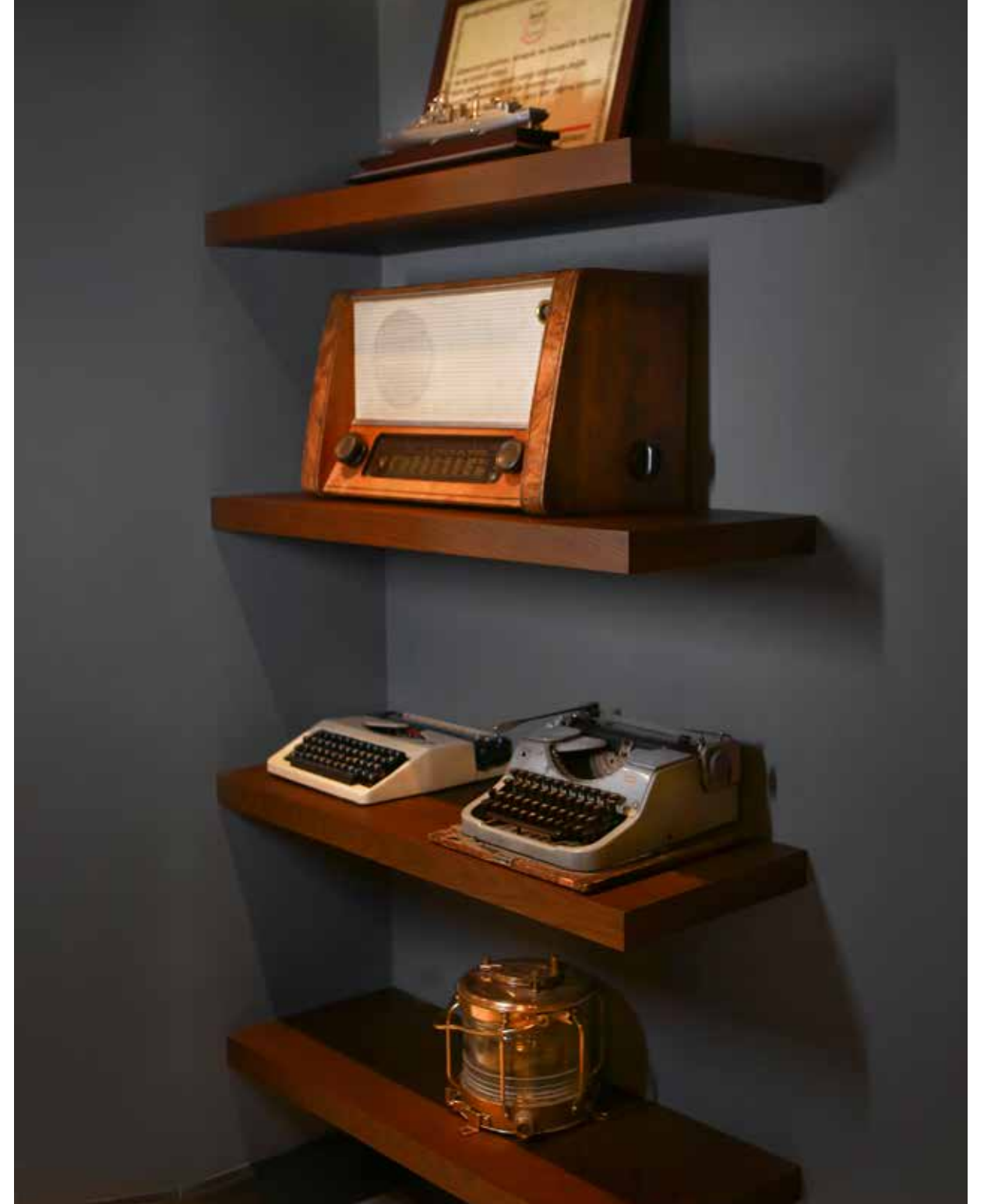
•Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla aynı olaya ilişkin farklı iki kanun hükmünün (6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. Maddesi ile Vergi Usul Kanunun 10. Maddesinin) hangisinin uygulanacağı sorunu sona ermiştir.

•Kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlardaki farklı kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenler için "müteselsil sorumluluk" getiren ve Vergi Usul Kanununda yer alan hükümlerin bu sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı yönündeki hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu haliyle kanuni temsilcinin görevli olmadığı bir dönemde meydana gelen/doğan ve ödenmeyen kamu borçlarından hiçbir kusuru olmaksızın sorumlu tutulması gibi hakkaniyetle bağdaşmayan, belirsiz ve güvencesiz duruma son verilmiştir.

•Yine iptal kararıyla birlikte kanuni temsilciler; temsilcisi oldukları tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen

tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarından ancak kamu alacağının tahsiline yönelik ödevlerin ihlal edilmesi ve vergi borcunun ödenmemesi ile bu ihlal edilen ödevler arasında uygun illiyet bağının bulunduğu takdirde sorumlu tutulacaklardır. Anayasa Mahkemesinin kararıyla kanuni temsilcilerin kusursuz sorumluluğu terk edilmiş ve kanuni temsilcilere kurtuluş kanıtı imkanı getirilmiştir. Yani kanuni temsilci, kanuni ödevlerini yerine getirdiğini ve/ya da ihlal edilen ödevler ile vergi borcunun ödenmemesi arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını ispatla kamu borcundan kurtulabilecektir.

•Son olarak belirtmek gerekirse, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Hakkında Kanunun "Limited Şirketin Amme Borçları" başlıklı 35. Maddesinde iptal kararına konu fıkralarla aynı nitelikte hükümler içermektedir. Bu sebeple Kanunun 35. Maddesinde de iptal kararıyla uyumlu bir düzenleme ve/ya da değişiklik yapılmasının hukuk güvenliği ilkesi gereği zorunlu olduğu kanaatindeyiz.





G. Aslı **PIŞKIN**
Avukat - Attorney At Law

İŞ HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN BÜYÜK BİR KISMININ İŞVERENLER ALEYHİNE SONUÇLANMASININ NEDENLERİ HAKKINDA İNCELEME

İşçi ve işveren arasındaki ilişki her an için problem yaşamaya müsait bir ilişki olup, yaşanan problemlerin, taraflar arasında çözüme kavuşturulması amacıyla mahkeme/yargı yoluna gidilmesi de en sık rastlanan uyuşmazlık çözüm yoludur.

Dolayısıyla işçiler tarafından, işverene karşı açılan davalar her yıl artış göstermekte ve 2015 yılında da bu artışın maalesef istikrarlı bir ivmeyle yükseldiği gözlenmektedir.

İşçinin iş ilişkisi içerisinde ifa ettiği çalışma ediminin karşılığı veya işten ayrıldıktan sonra kullanmadığı ve/ya da tahsil edemediği alacaklarını varsa yargı yoluna başvurarak alması başta T.C. 1982 Anayasası, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere ilgili kanunlar ile güvence altına alınmıştır.

Ülkemiz genelinde yapılan incelemelerde açılan iş hukukundan kaynaklanan davalarının büyük bir çoğunluğunun işveren(ler) aleyhine sonuçlandığı görülmektedir. Bu oran da; işverenlerin mental yapısında, İş Mahkemesi hakimlerinin işçiyi koruduğu yönünde kanaat oluşturmaktadır. Oysa ki yasalar önünde herkes eşit olup (T.C. 1982 Anayasası madde 10 ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde7), mahkemeler tarafından verilen hükümler yasaya göre haklı olanın ve/ya da görünenin korunması yönündedir. Ancak iş hukukunun temel ilkelerinden olan işçi lehine yorum ilkesi işverenlerde, haklı olmalarına rağmen iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların her hal ve durumda işçi lehine sonuçlandığı yönünde bir algı yaratmaktadır. Oysa iş hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ve iş hukuku mevzuatlarının kendilerine yüklediği

külfetleri gerçek anlamda mevzuata göre yürüten işverenlere karşı işçi lehine yorum ilkesi uygulansa dahi, sonucu değiştirecek bir etkiye sahip olması kural olarak mümkün değildir. Bu noktada hemen belirtmeliyiz ki; işçi yararına/lehine yorum ilkesi hukuksal düzenlemenin somut olaya uygulanmasında tereddüt yaşanması halinde söz konusu olur. Başka bir deyişle, soyut normun somut olaya uygulanmasında hiçbir tereddüt yaşanmıyor ve belirsizlik kalmıyorsa işçi lehine yorum yapılamaz. Söz konusu ilke, mutlak şekilde işçi yararına düşünme ve hareket etme gerekliliği olarak anlaşılmamalıdır. Sonuçta adalet, karşılıklı yararlar arasında hukuka, hakkaniyete ve vicdana uygun bir denge kurma işidir. İşçi lehine hareket edilmesinin nedeni de işçinin sosyal, ekonomik ve koşullar itibarıyla eşit olmayışlarından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bir kısmının işverenler aleyhine sonuçlanmasının nedeni iş kanunlarının işçi lehine olması ya da işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması değil, işverenlerin iş hukuku süreçleri ile ilgili bilgi ile ilgi yetersizlikleri ve eksikliklerine bağlı olarak mevzuatların kendilerine yüklediği yükümlülük ve/ya da külfetlerin hiç ve/ya da zamanında yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesine bağlı hatalarından kaynaklanmasıdır. Dolayısıyla işverenlerin kendi hatalarından dolayı işçilere karşı yüksek bedeller ödemesi kaçınılmaz olmaktadır.

İş bu çalışmanın amacı, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların işverenler aleyhine sonuçlanmasında işverenlerin mevzuattın yüklediği yükümlülüklere ve/ya da külfetlere aykırı davranışları üzerinde analitik bir inceleme yapmaya çalışmaktır.

İşverenlerin iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların aleyhine sonuçlanmasının nedenleri birbiriyle bağlantılı olup, işverenler açısından söz konusu yükümlülükler ve külfetler yerine getirilmediği müddetçe iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların haklı olduklarını düşünmelerine rağmen aleyhlerine sonuçlanması kaçınılmazdır. Bazı işverenler tüm yükümlülüklerini yerine getirmelerine rağmen, iş kanunlarının uygulanması konusunda yapılan hatalar ve bunun sonucunda meydana gelen vakıalar karşısında haklı olduklarını ispatlayamadıkları ve vakıalara ilişkin savunmalarını hukuka uygun ve ispata yarar belgelerle destekleyerek mahkeme dosyalarına sunamadıklarından iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların aleyhine sonuçlanması durumuyla karşı karşıya kalmaktadırlar.

Buna göre işverenlerin iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların aleyhlerine sonuçlanmasının nedenlerinin temelinde herhangi bir durumda, insan kaynaklarına gereken önemi vermemelerine bağlı olarak karşılaştıkları uyuşmazlıklar karşısında yeterli derecede hazırlıklı olmamalarıdır. Buradaki hazırlıklı olmama kavramı işverenlerin iş mevzuatlarının kendilerine yüklediği yükümlülük ve külfetleri eksiksiz ve zamanında yerine getirmemelerinden kaynaklanmaktadır. Buna göre işverenler iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklara karşı hazırlıklı değildir; çünkü mevzuatların kendilerine yüklediği yükümlülükleri ve külfetleri zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmemektedirler. Buna göre;

Gerçek anlamda alanında uzman insan kaynakları personelleri çalıştırılmamaktadır.

İşyerlerinde iş hukukunu hem mevzuat hem de uygulama açısından iyi bilen yönetici ve uzmanlar istihdam edilmediğinde ve buna bağlı olarak kulaktan dolma bilgilerle uygulama süreçleri yürütüldüğünde işverenlerin iş hukuku süreçleri ile ilgili hata yapma olasılıkları

artmaktadır.

Personel hakları mevzuata uygun şekilde ödenmemekte veya eksik ödenmektedir. İşyerlerinde yasal mevzuatları ve uygulamaları gerçek anlamda bilen uzman ve çalışanlar bulunmadığı için personel hakları doğru hesaplanamamaktadır. Ve buna bağlı olarak da; işyerlerinde personel dosyaları mevzuata uygun ve eksiksiz tutulmamaktadır. Dolayısıyla işçilere yapılan tüm ödemeler mevzuatın gerektirdiği gibi ve eksiksiz şekilde bordrolara yansıtılmamakta, personel özlük işlerine gereken önem verilmemekte ve işçilerin tüm işçi alacakları mevzuatta uygun şekilde ödenmemektedir. Bu durumda işçi alacakları nedeniyle açılan iş davalarının işveren aleyhine sonuçlanması kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin fazla mesai ile ilgili takip sisteminin oluşturulmaması, fazla mesailerin bordrolarda gösterilmemesi ve fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi, işçinin gerçek maaşı ile resmi makamlara bildirilen ücreti arasında fark olması, işçi ücretlerinin banka yoluyla ödenmesi gerekirken ödenmemesi, işçilere bordroların düzenli olarak imzalatılmaması, işçinin ücretlerinin zamanında ödenmemesi vs. gibi durumlarda her ne kadar işçi hakkaniyet açısından haksız olsa da hukuk eşittir ispat prensibi doğrultusunda iş mevzuatının kendisine yüklediği yükümlülükleri ve külfetleri yerine getirdiğini ispatlayamayan işverenler işçi alacakları nedeniyle açılan iş davalarında lehine sonuç alamamaktadır.

Yapılan personel işlemleri düzenli denetlenmemektedir.

İşverenler ve/ya da bu konuda görevlendirilen personeli, personel işlemlerini düzenli olarak denetlemediğinden yaşanması muhtemel riskleri görememekte dolayısıyla risklere ilişkin yeterli önlemler alınamamaktadır.



İşyerinde çalışan işçilerin sigortaya bildiriminin yapılmaması veya primlerinin ödenmemesi.

Sosyal Güvenlik mevzuatında işyerinde işçi çalıştıran işverenin çalıştırdığı işçi açısından sigortaya bildirim ve sigorta primlerinin ödemesi zorunluluğu açık olup, bu konuda mevzuata aykırı davranışlar, işverenler açısından hukuki uyuşmazlıkların aleyhine sonuçlanmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli önlemler alınmamaktadır.

İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuatın öngördüğü gerekli ve yeterli tedbirler alınmadığı, işçilere gerekli eğitimler verilmemesi ve bu konuda denetimler yapılmadığı, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işyerinde uzman personel çalıştırılmadığı, dolayısıyla iş kazalarıyla ilgili gerekli yerlere bildirimlerde bulunulmadığı müddetçe iş kazaları olmaya

devam edecek ve buna bağlı olarak da işverenler gerekli sorumluluğu üzerine alamadığı için açılan iş kazalarından kaynaklı davaların işverenler aleyhine sonuçlanması ve buna bağlı olarak da işverenlere yüksek bedelli külfetler yüklenmesi kaçınılmaz olacaktır.

İş sözleşmesinin feshi durumunda süreç ilgili mevzuatlara uygun bir şekilde yürütülmemektedir.

İşverenler, işçinin iş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından feshi durumunda iş hukuku süreçlerini doğru bilmemelerinden kaynaklı olarak fesih sürecini yasalara uygun şekilde yürütememektedirler. Örneğin işçinin sözleşmesini kanunda belirtilen nedenler dışında bir gerekçeyle feshedilmesi, fesih ihbarının işçiye kanunla belirlenen şekilde yapılmaması, kanunda belirtilen durumlarda işçinin savunması alınmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi, sözleşmeyi feshetmesi konusunda haklı veya geçerli neden olsa bile kanunda öngörülen sürelerle uyulmaması, bazı durumlarda iş sözleşmesinin feshi durumunda işçinin hak ettiği alacak-



ların kendisine ödenmemesi gibi durumlarda işverenler daima kendileri aleyhine açılan iş davalarının aleyhine sonuçlanmasına mahkumdurlar. Bunun gibi işçi ve işverenin anlaşmasına rağmen, anlaşma sonucunda düzenlenen ibranamelerin hukuka uygun ve yasaların öngördüğü şekilde düzenlenmemesi nedeniyle iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda da söz konusu ibraname işveren lehine ispata yarar bir belge niteliği taşımamaktadır.

İşverenlerin yaşanan problemler konusunda başvuracakları hukuki anlamda danışmanları/avukatları/hukuk uygulayıcılarının bulunması gerekmektedir. Her ne kadar işverenlerin işyerlerinde insan kaynakları personeli çalıştırması tavsiye edilse de veya çalıştırılıyor olsalar da insan kaynakları personellerinin gerçek anlamda iş ve sosyal güvenlik hukuku uzmanları kadar kanunlara hakim olması beklenemez. Bazı durumlarda yapılacak hukuki müdahaleler yaşanan sürecin işveren lehine çevrilmesini veya ortak çözüme kavuşturulmasını sağlayabilir. İşverenler, açılan davalar için kendilerine göre iyi bir dava avukatının varlığını yeterli bulmaktadır. Ancak iş hukuku süreçler-

inin yürütülmesi koordinasyonlu bir çalışma olup, hukuk danışmanları/avukatlar veya hukuk uygulayıcıları görevlerinin ne kadar layıkıyla yapsalar da mahkemeye sunulan belgelerin güçlü ve ispata yarar olması, daha beklenen sonuçlar elde edilmesini sağlayacaktır. Bu durumlarda insan kaynakları personellerinin her aşamada danışabilecekleri işyerinin uygulamalarını ve sektörü bilen ve yeri geldiğinde insan kaynakları personellerini iş hukuku alanında eğiten hukuk danışmanları/avukatlara/hukuk uygulayıcılarına ve bunların kıymetli fikirlerine ihtiyaç vardır. Bu nedenle işverenlerin sadece dava aşamasında hukuk danışmanları/avukatlar/hukuk uygulayıcılarına başvurması durumunda artık o davanın lehlerine sonuçlanması için geç kalınmış olabilir. Böyle durumların yaşanmaması için işverenlerin, işçi-işveren ilişkilerinin yönetilmesi konusunda hukuki anlamda yürütülen tüm süreçler ve dava aşamalarını insan kaynakları ile birlikte koordine ederek yürütebilecekleri hukuk danışmanları/avukatlarının/hukuk uygulayıcılarının fikir ve görüşlerine başvurması gerekmektedir.



Workers Compensation

SONUÇ

•İşverenler iş hukuku mevzuatlarının kendisine yüklediği yükümlülük ve külfetlere aykırı davranarak, konusunda uzman ve nitelikli personel çalıştırarak, mevzuata uygun ve eksiksiz personel dosyaları tutmayarak, işçi haklarını (ücreti, yıllık izin, fazla mesai, sigorta primleri vs.) eksiksiz ve zamanında ödemeyerek ayrıca iş hukuku süreçlerini yasalara uygun şekilde yürütmeyerek, iş hukuku süreçleri ile ilgili yararlanabilecekleri hukuk danışmanları/avukat/hukuk uygulayıcılarının fikirlerine itibar etmeyerek karşılaştıkları iş hukuku uyuşmazlıklarında haklarını gerektiği gibi savunamadıklarından bu uyuşmazlıkların aleyhlerine sonuçlanmasına karşı duramamaktadırlar.

• İşverenler iş hukuku mevzuatlarının kendilerine yüklediği yükümlülük ve külfetleri yerine getirmekten kaçınarak o an maliyeti azaltıp suni bir kar elde etmektedirler. Ancak elde edilen bu kar yargılama sonucunda kendilerine yükletilen mali külfetin yanında nazara itibara alınmayacak ölçüde kalmaktadır.

•Nihayetinde; iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların

işveren aleyhine sonuçlanmasının en temel sebebi; işverenlerin iş hukuku mevzuatlarının kendilerine yüklediği yükümlülük ve külfetlere aykırı davranması olup, bilakis genel kanının aksine iş hukuku mevzuatlarının işçi lehine olması ve/ya da yargının ne olursa olsun işçi lehine karar vermesi değildir. Kaldı ki, Anayasa, İEB ve de AİHS'nin ilgili maddeleri uyarınca bu şekilde bir uygulama ve/ya da yargılama yapılması mümkün ve muhtemel değildir.

•Buna göre; işverenler, konusunda uzman ve nitelikli personel çalıştırması, mevzuata uygun ve eksiksiz personel dosyaları tutması, işçi haklarını (ücreti, yıllık izin, fazla mesai, sigorta primleri vs.) eksiksiz ve zamanında ödenmesi ayrıca iş hukuku süreçlerini yasalara uygun şekilde yürüterek iş hukuku süreçleri ile ilgili yararlanabilecekleri hukuk danışmanları/avukat/hukuk uygulayıcıları bulunması ve gerekli tedbirlerin alınması durumunda iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar karşısında daha ispata yarar belge ve bilgilerle doğru ve güçlü savunmalar yapacak ve böylece iş hukuku uyuşmazlıklarının lehine sonuçlanması konusunda önemli mesafeler kat edeceklerdir.





Ferhat **PIŞKIN**
Avukat - Attorney At Law

İFLASIN ERTELENMESİ PROSEDÜRÜNDE ALACAKLININ DURUMU

GENEL OLARAK İFLASIN ERTELENMESİ

4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nun sermaye ortaklıkları ve kooperatiflerin borca batıklık nedeniyle iflasına ilişkin 179. Maddesi değiştirilmiş ve bu kanuna 179/a ve 179/b maddeleri eklenmiştir. Esasen iflasın ertelenmesi kurumu, [mülga] TTK m.324/2 de düzenlenmişti, ancak yeteri kadar detay bulunmadığı için uygulaması çok az ve hatta hemen hemen hiç yok gibiydi. Aynı zamanda doktrinde de bu durum tartışmaya açılmıştır.

4949 sayılı Kanun ile eklenen 179/a ve 179/b maddeleri iflas erteleme tedbiri üzerine hakim tarafından yapılması gerekenleri detaylı ve anlaşılır düzenlediği için, ülkemizde iflasın ertelenmesi yoluna başvurular artmıştır. Başvuruların artması sebebiyle uygulamaya yönelik olarak tartışmalar da epeyce artmış durumdadır. İflasın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında iflas kararı vermekten, belirli koşullarla geçici olarak sarfınazar etme imkanını veren ve iflasın önlenmesine hizmet eden bir kurumdur. Daha geniş bir tanıma göre ise; **İşasin ertelenmesi, şirket yönetim kurulu (temsil ve iltizam ile görevliler), veya tasfiye memurları ya da alacaklılardan biri tarafından bildirilen ve mahkemece de tespit edilen borca batıklık sebebiyle bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında doğrudan işas kararı verilmesi gerekirken, mali durumun iyileştirilme ümidi olduğunu gösteren iyileştirme projesinin sunularak yönetim kurulu veya**

alacaklılardan birinin talep etmesi ve mahkemece iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı bulunması üzerine işas kararı verilmesinin belirli bir süre için ertelenip kural olarak aleyhe takiplerin yapılamayacağı bu süre içerisinde mali durumun düzeltilip faaliyete devan edilebilmesini böylece işas etmekten kurtulmayı sağlayan şirketin olduğu kadar, şirket alacaklılarının ve ülke ekonomisinin de yararına olan bir işas hukuku müessesidir. Yargıtay ise bir kararında, *"İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde, o şirketin iflasının önlemesini sağlayan bir kurumdur"* demek suretiyle iflasın ertelenmesi kurumunu tanımlamıştır.

İflasın ertelenmesi kurumunun amacı yönünden doktrinde farklı fikirler öne sürülmüştür. Buna yönelik tartışmanın ana konusu, kanun koyucunun; iflas erteleme kurumunu ihdas ederken ki güttüğü öncelikli saik üzerinde toplanmaktadır. Kanun koyucunun güttüğü koruma amacının öncelikle ve ivedi olarak alacaklıları mı, borçluyu mu yoksa kamu menfaatini mi koruduğu noktasında tartışmalar mevcuttur. Zira hem fikir olunan nokta; iflas ertelenmesi kurumunun uzun vadede, iflas durumundan çıkan borçluyu, alacağını elde etme imkanına kavuşan alacaklıyı ve nihayet kamu yarar sağlayacağı şüphesizdir. Ezcümle sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasının ertelenmesi ile hem bu şirketler iflas durumundan kurtulma imkanına sahip olma anlamında, hem şirketler ile ilişkide bulunan başkaca şahıs ve tüzel kişi tacirler alacağına kavuşma anlamında hem de iflas erteleme isteyen şirketlerde çalışanların işsiz kalması ve devletin vergi kaybı önlenecektir

İflas ertelemesinin öncelikle borçlunun yararına hizmet ettiğini savuna görüşe göre; iflas ertelemesi ilk planda şirkete ilişkin menfaatlere hizmet eder. İİK'nda yapılan değişiklikle 179'da da 'şirket veya kooperatifin mali

durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması' iflasın ertelenmesinin başlıca koşulu olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu, alacaklıların menfaatlerini, borca batık olma haliyle doğrudan iflas yoluna başvurma sebebi olarak düzenlemekle korumuştur. Borca batıklığın zorunlu iflas sebebi olması karşında kanun koyucu iflas erteleme kurumunu tesis ederek, zorunlu iflasa ilişkin düzenlemeyi yumuşatmayı amaçlamıştır. Bu düzenlemeye göre, iflasın ertelenmesi öncelikle sermaye şirketlerinin faaliyetlerine devam etmesini amaçlamaktadır. Yargıtay'da yeni tarihli bir kararında, iflas erteleme kararın amacının şirketin devamlılığı olduğunu belirterek, borçlu şirketin faaliyetine devam etmesinin, iflas erteleme kurumunun esaslı amacı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte alacaklılar da korunmuş ve daha iyi konuma gelmiş olacaklardır. Ancak bu sonuç, kural olarak, iflasın ertelenmesinin temel amacı değil, bir yan etkisi olarak değerlendirilebilecektir. İflas ertelemesinin alacaklıların menfaatlerini korumasına hizmet ettiğini savunan görüşe göre; yasal koşulların varlığı halinde iflas ertelenmesi kararı, şirketin mali durumunu düzeltmesi sebebiyle borca batıklıktan kurtulması ve borçların azaltılmasının sağlanması için verildiğinden alacaklıları koruma amacını gütmektedir. Yine iflas erteleme kurumunun, konkordatoda olduğu gibi bütün alacaklıların çıkarlarını dengeli bir biçimde korumayı amaçladığı ifade edilmiştir. Bu görüşü savunanların bir gerekçesi ise, iflas erteleme talebinin alacaklılar tarafından da yapılabilmesidir. Doktrindeki bir diğer görüş ise iflas erteleme kurumunun öncelikle korumaya değer menfaatin kamu

yararı olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre; sermaye şirketleri ile kooperatifler genel ekonomi içerisinde en çok yer alan aktörlerdir. Borca batıklık sebebiyle doğrudan iflas yolu ile haklarında iflas kararı verilmesi gereken bu aktörlerin, iyileştirme ve ıslah yolu ile hayatlarına devam etmesi milli ekonomi açısından faydalı olacaktır; aksi halde sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin iflası, ülkede öncelikle ciddi istihdam problemine ve bunun sonucu işsizlik ve büyük kargaşalara yol açacaktır. Yine bu görüşe göre, kanun koyucu kamu yararını amaçladığı için, iflas erteleme talep etme hakkını hem alacaklıya hem de borçluya tanımış olup, iki gruptan birine üstünlük tanımamıştır. Yine iflas erteleme yargılamasında re'sen araştırma ilkesinin verilmesi de bu görüşü desteklemektedir.

İflas ertelenmesi düzenlenmesi dikkate alındığında, alacaklı ve borçlu olmak üzere her iki tarafın (borçları aktifinden fazla olan, ancak mali durumunun düzeltilmesi mümkün görülen sermaye şirketleri ile bunların alacaklılarının) menfaatleri gözetilip bağdaştırılarak korunmaları amaçlanmıştır. Bir sermaye şirketinin iflasına karar verilmesi sonucu, malvarlığının cebri satış ile paraya çevrilmesi yerine, şirketin mali durumunun düzeltilerek, ala-

"...Öncelikle, iflas erteleme talebinde bulunan şirketin iyileştirme projesi; şirketi borçlandıran ortağın yetkilerinin alınması, yeni yönetici tayini, şirket kayıtlarında bulunan araçların satılması, şirket ortağına ait konut satılarak borçların ödenmesi, mevcut işlerin devam edeceği ve % 3 iyileştirme sağlanacağı, mevcut işlere ilaveten her yıl % 5 ilave iş alınacağı plan ve öngörülerine dayanmaktadır. Şirkete ait araçların satışı suretiyle borçların ödenmesi, şirket bilançosunda pasifin azalmasının yanı sıra, aktif kalemlerin de azaltılmasına yol açacağı gibi bu haliyle iyileştirme projesi de somut verilere dayanmamaktadır. İflasın ertelenmesi kurumu mali bakımdan zor durumdaki şirket ve kooperatiflerin bu zor durumdan kurtulması ve devamlılığının sağlanması için düzenlenmiş hukuki bir yol olup, tasfiye amacıyla kullanılamaz. Projede yer alan araç satışı esasen varlık durumunu olumsuz etkileyeceğinden, bir finansal kaynak olarak kabul edilemeyeceği gibi şirketin de tasfiyesi sonucunu doğuracağından, iflasın ertelenmesi projesi olarak kabul edilemez. Öte yandan şirket aktiflerinin ve duran varlıkların paraya çevrilmesi yolundaki çözümün bir iyileştirme tedbiri olmayıp tasfiye işlemi olduğu, bunun şirket faaliyetinin devamlılığının sağlanmasını amaçlayan iflas erteleme kurumunun mahiyetiyle bağdaşmadığının kabulü gerekir..." Yargıtay 23.HD 2012/5244 E. 2013/66 K. ve 15.01.2013 tarihli kararı.(Sinerji Mevzuat)

caklıların alacaklarına kavuşması, bu kişiler bakımından da daha elverişli olacağından sonuç olarak, iflasın ertelenmesi ile, şirket ve alacaklı menfaatlerine aynı oranda hizmet edilmiş olunmaktadır. Yargıtay yerleşik içtihatlarında, bu görüşe yer vermiş olup; iflas erteleme kurumunun hem alacaklı hem de borçlu yararına bir düzenleme olduğunu ve her iki tarafın diğerinin zararına olmak üzere iflas erteleme kararı verilemeyeceğini karara bağlamıştır².

Ancak tüm bu yukarıdaki görüş ve değerlendirmeler, günümüzde alacaklıların iflas erteleme yargılamasında tali durumda bırakıldığı ve iflas erteleme talep eden şirketlerin usuli ve maddi şartları sağlamamasına rağmen tedbir kararları ile durumu kötüye kullandığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.

İFLAS ERTELEME YARGILAMASINDA VERİLEN TEDBİR KARARI

İflasın ertelenmesi yargılamasında, Asliye Ticaret Mahkemeleri iflas erteleme talebinin kabulüne ya da reddine karar vermeden önce - **uygulamada olduğu gibi- İHTİYATİ TEDBİR** niteliğinde bir karar alıp alamayacağına yönelik İcra ve İflas Kanunu'nda bir düzenleme yoktur.

²“...Şirketin sunduğu reel bilançonun gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı araştırılmadan borca batıklığın kabul edilmesi, iflasın ertelenmesi kurumunun tamamen borçlunun iradesine terk edilmesi sonucunu doğurur. Halbuki iflasın ertelenmesi müessesesi, iflasın ertelenmesini talep eden sermaye şirketinin mali yapısının düzeltilmesinin sağlanması yanında, alacaklıların iflas bildirimini

Ancak iflas erteleme yargılaması sırasında da şirketin aktifleri yani malvarlıkları hukuki himayeye muhtaçtır. **Bununla birlikte tedbir kararının, nihai tedbir olan işasın ertelenmesi kararı ile ulaşılabilecek geçici hukuki korumadan daha fazla bir koruma sağlama-ması gerekir. Zira nihai tedbir niteliğinde geçici tedbir kararı da verilememelidir.**

Bu noktada mahkemeler iflasın ertelemesi talebi hakkında yeterli incelemeyi yaptıktan sonra tedbir kararını vermelidir. Aksi halde, alacaklıların menfaatleri zedelenmiş olmaktadır, zira ihtiyati tedbir kararı sonrasında yapılacak incelemeler uzun bir zamana yayılınca tedbir kararı adeta iflasın ertelenmesi kararı gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu da ihtiyati tedbir kararı verilirken uyulması gereken ilkelerden olan *‘uyuşmazlığın esasını çözümler ve dava sonucunda hükümle elde edilecek faydayı daha önceden sağlar tarzda ihtiyati tedbir kararı verilemez’* ilkesine aykırı düşmektedir. Bu durumdan çoğu zaman alacaklılar zarar görmektedir. **Bu yönüyle mahkemenin işas ertelenme yargılamasında alacaklıların da menfaatini koruma yükümlülüğü karşısında alacaklılar, işasın ertelenmesini talep eden şirketten alacağını bu uzun yargılama sebebiyle alamıyor ise; Adil yargılanma hakkının ihlali ve bu yüzden uğranılan zarar sebebiyle iç kanun yollarını tükettikten sonra devletin sorumluluğu ve AİHS kapsamında AİHM’ne alacağını alamaması sebebiyle uğradığı zarar yönüyle başvuru yapabilecektir.**

İFLASIN ERTELENMESİNE ALACAKLILARIN HAKLARI

•Alacaklıların Mahkeme Önünde Dinlenilme Hakkı :

İİK m. 179/son hükmüne göre; “Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir.” Hükümde her ne kadar

nedeniyle uğrayacakları muhtemel zararların önlenmesini de amaçlamaktadır. İflasın ertelenmesi sonucu alacaklıların durumunun daha kötü hale gelmemesi gerekir...” Yargıtay 19. HD. 2011/699 E. 2011/1911 K. ve 16.02.2011 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat)



dinleyebilir ifadesi mevcutsa da gerek Yargıtay gerekse doktrin hem fikir olduğu husus alacaklıların dinlenilmeden iflasın ertelenmesine karar verilemeyeceği yönündedir. Bu durumda hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilecektir. Zira aşağıda da bahsedildiği üzere alacaklılar tarafından yargılama sırasında itiraz haklarının kullanılması bu dinlenilme hakkına sıkı sıkıya bağlıdır.

•Borca Batıklığa İtiraz Hakkı:

Yukarıda da bahsedildiği üzere, bir sermaye şirketinin

(Ltd. A.Ş ya da Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şti) veya kooperatifin iflas erteleme talebinde bulunabilmesi için **ön şart : BORCA BATIK OLMASIDIR.** Şirket ya da kooperatif bunun için önce borca batıklık bilançosu düzenlemelidir, borca batıklık ancak bu şekilde tespit edilebilir. Ancak öncelikle borca batıklık halinden ne anlaşılması gerektiğinin incelenmesi gerekmektedir.

Borca batıklık; şirketin mevcut mallarının ve alacaklarının, şirketin borçlarının karşılamaya yetmemesi anlamında gelir. Burada açıklanması gereken bi-

lonçosunun pasif kısmında yer alan ibarelerin tamamının şirket borcu anlamına gelmeyeceğidir. Örneğin; esas sermaye, yedek akçe, yenileme fonları yıllık bilançonun pasifinde yer alırlar ancak şirket borcu değildirlir, bu sebeple borca batıklığın tespitinde pasif rolünde yer almazlar. Borca batıklık için bilançonun pasifinde yer alan kalemlerden üçüncü kişilere olan borç önemlidir. Diğer kalemler borçların hesabına katılmaz. Alacaklılar, iflas erteleme dosyasına sunulan borca batıklık bilançosunu ve alınacak bilirkişi raporlarını çok iyi incelemelidir. Çoğu zaman iflas erteleme talep eden şirketin bilançosu teknik anlamda borca batıklığı yansıtmadığı için, borca batıklık hali olmadan, yargılamalar sürebilmektedir. Sonuçta davanın başından tedbirin kaldırılması ve alacaklıların alacağını tahsil imkanları varken, iyi inceleme yapılmaması sebebiyle alacakların tahsili imkansız hale gelebilmektedir. Borca batıklık bilançosunun amacı ve fonksiyonu, şirketin tüm malvarlığının tasfiyesi halinde mevcut tüm **gerçek** borçların karşılanıp karşılanamadığının tespitidir. Borca batıklık bilançosunda aktif ve pasiflerde gerçek değerler esas alınır. **Gerçek değerden kasıt paraya çevrilmede piyasa satışında gerçekleşebilecek objektif fiyattır. Mevcut olmayan fiktif değerler ve borçlar bu bilançoda yer almaz.** Bu durumda dikkate alınacak en önemli hususlardan biri de; birlikte bir bütün oluşturan ve ancak bu şekilde fonksiyon icra edebilecek olan malvarlığı parçalarının birbirinden ayrıldıkları zaman daha aşağı fiyata satılacağıdır. Malların satış fiyatı tespit edilirken bu husus göz önünde bulundurulmalıdır. Kabul gören ve fakat hiçbir dosyada tam anlamıyla dikkat edilmeyen husus ise, işletmelerin değerlendirilmesidir. Bilançolarda genellikle bina, makine – teçhizat, vs. malların ayrı ayrı değerlendirildiği görülmektedir. Oysa bunların bir devam eden veya işletilmeye hazır işletme olarak devam değeri üzerinden aktifleştirilmesi gerekir. Zira binanın, makinenin, taşıtları vs. münferiden satış değeri

ile bir bütün halinde işletmenin satış değeri arasında işletme lehine bir fark oluşacaktır. Belki de bu şekilde aktifleştirme şirketin borca batıklığını ortadan dahi kaldırabilecektir. Yurtdışındaki alacakların hangi değer üzerinden gösterileceği de önemlidir. Bu durumda bilanço tarihi itibarıyla döviz alış kuru üzerinden değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüpheli alacaklara atılan alacakların, şüpheli olduğu belgelendirilmediği takdirde, şüpheli olarak değil, alacak kaleminde gösterilmesi gerekir. Şirketin sahip olduğu menkul kıymetlerin borsada rayıcı var ise bu değer üzerinden yoksa tahmini satış değeri üzerinden değerlendirilmelidir. Anonim şirketlerde, şirket ortaklarının yan edim yükümlülükleri de varsa, bunların da aktifte gösterilmesi gerekmektedir. Esas sermayenin ödenmemiş kısmı da şirket alacağı olarak aktifte yer almalıdır. Stoklar piyasa satılabilir değerleri ile gösterilmelidir. Yarı mamül mallar, fason imalat ve benzeri yollarla tam mamül halinde getirilecekleri göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Hammadelere ise satıcının geri alma ihtimali de düşünülerek fiyat biçilmelidir. Paraya çevrilmesi mümkün olan gayrimaddi mallar da aktifte gösterilmelidir (marka, patent, faydalı buluş vb. gibi) Maddi yatırım malvarlığının maliyet değeri değil, satış değeri esas alınacaktır. **Finansal kiralama (leasing) konusu malların şirketin mülkiyetine geçmemiş olduğu ve bu sebeple şirket borçlarının ödenmesine tahsis edilemeyeceğinden bilanço aktifinde yer almamalıdır.** Devreden KDV'ler de şirket alacağı niteliğinden olduğundan aktifler de gösterilmelidir. Yine peşin ödenen vergiler de oluşacak vergilerden mahsup veya iade alınabileceğinden aktifler de gösterilmesi gerekmektedir. Birikmiş amortismanlar bilançoda yer almazlar. Bankalara olan borçlar da işlemiş faizler de bilançoda gösterilmelidir. Şirket ortaklarının borçlarının kaynağı belirli ise, pasif kısımda yer alabilecektir. Borca batıklık bilançosunda 'özsermaye' rayıcı değerleri ile değerlendirilmiş varlıklar ile rayıcı değerler ile değerlendirilmiş borçlar arasındaki farktır ve bu fark 'borca batık tutar' olarak adlandırılır. Ticari bilançoda özsermaye sınıfında bulunan hesaplar borca batıklık bilançosunda yer almazlar. Alacaklıların; iflas erteleme yargılamasında, iflas erteleme talep eden şirketin bilançosunu düzgün ve borca batıklık bilançosu ekseninde incelemesi ve buna göre itirazlarda bulunması menfaatinedir.

miş borçlar arasındaki (-) farktır ve bu fark 'borca batık tutar' olarak adlandırılır. Ticari bilançoda özsermaye sınıfında bulunan hesaplar borca batıklık bilançosunda yer almazlar. Alacaklıların; iflas erteleme yargılamasında, iflas erteleme talep eden şirketin bilançosunu düzgün ve borca batıklık bilançosu ekseninde incelemesi ve buna göre itirazlarda bulunması menfaatinedir.

•Yönetim Kurulu Kararının Olmadığı İtirazı :

Borca batık halde olan şirketin iflasın ertelenmesi ancak yönetim kurulu tarafından istenilebilir. Tek başına imza yetkisine sahip olursa dahi tek bir yönetim kurulu üyesinin böyle bir yetkisi yoktur. İflasın ertelenmesinin talep edilmesine yönelik bir yönetim kurulu kararı bulunmaması davanın reddedilmesi sonucunu doğuracaktır.

•İyileştirme Projesine Yönelik İtirazlar :

İflasın ertelenebilmesinin zorunlu şartlarından birisi de iyileştirme ümidinin bulunmasıdır. Bu durumda iflas erteleme isteyen, ciddi inandırıcı ve iyileşme ümidinin ne şekilde gerçekleşeceğine yönelik bir proje hazırlaması ve bunu mahkemeye sunması gerekir. Bu projenin objektif verilere dayanması gerekmektedir³. Buna ilişkin projede gerçekleştirilecek öngörülen işlemlere ilişkin belgeler zımında, sipariş ve sipariş teyitlerine ilişkin yazışmalar, iş anlaşmaları, sermaye artırımına iştirak taahhütleri, borcun üstlenilmesine veya borca katılmaya ilişkin sözleşmeler, uzun vadeli kredilere ilişkin sözleşmeler, borç erteleme sözleşmeleri vb.

örneklendirilebilir.

İyileştirmenin başvuru sahibi şirketin tasfiyesini öngören bir anlayış içerisinde de ele alınmaması, yani sırf daha iyi bir tasfiye elde etmeye yönelik girişimlerin iyileştirme sayılmaması, iyileştirmenin ticari işletme ile birlikte borçlu ve alacaklılarının da daha iyi duruma kavuşturulmasını hedef alması gerekmektedir.

-İyileştirme projesi öngörülen koruma tedbirlerini ve borca batıklığı ortadan kaldırmak için gerekli olan makul (dürüstlük kuralına uygun) bir zaman sürecini içermelidir. Bu durumda iyileştirme projesinde makul sürenin erteleme kararı süresi ile orantılı olması gerekir . *"...İcra ve İflas Kanunu'nun 179/b maddesine göre iflasın ertelenmesi süresi bir yıldır; bu süre şartların bulunması halinde dört yılı aşmamak kaydıyla uzatılabilir. Ne var ki, toplam beş yıllık sürenin her halükarda hak edildiği düşünülerek 38 aya yayılan bir iyileştirme projesi ile bir yıllık erteleme istemi, yasanın aradığı şartı taşımamaktadır.* Bu haliyle projenin ciddi ve inandırıcı olmadığı sabittir..." *Yargıtay 23. HD. 2014/3654 E. ve 2015/791 K. sayılı ilamı.*

-İyileştirme projesinde özellikle iflasın ertelenmesi süresi içinde yeterli nakde sahip olunacağını garanti-sini oluşturan tedbirler yer almalıdır.

-İyileştirme projesinde, işletmenin faaliyetinin uzun vadede devam edeceğini destekleyen ipucu ve göstergelere de yer verilmelidir. Bu bağlamda, kararlaştırılan iyileştirme tedbirlerini ve rıza gösterilen çabaların gerçekliğini ispat etmeye hukuken elverişli belgelerin iyileştirme projesine eklenmesi lazımdır.

³ "...Hakim de bu raporla o konudaki özel ve teknik bilgi ihtiyacını giderebilmeli ve raporun hukuka uygunluğunu denetlemelidir. Projenin ciddi ve inandırıcılığı öncelikle ve özellikle sermaye ve/veya kârlılığın ne şekilde arttırılacağı ve borca batıklıktan kurtulmanın ne şekilde sağlanacağı somut, belgelere dayalı ve gerçekçi bilgi ve öngörülerden yola çıkılarak tespit edilmeli, diğer proje unsurları için de bilimsel veriler değerlendirilmelidir..." Yargıtay 23. HD 2014/4438 E. ve 2015/5405 K. ⁴İİK m. 179/B f. 4 "Erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak mahkemece uygun görülecek süreler ile uzatılabilir; ancak uzatma süreleri toplamı dört yılı geçemez. Kayyım, mahkemenin belirleyeceği sürelerde iflası ertelenenin faaliyetleri ve işletmenin durumu konusunda düzenli olarak mahkemeye rapor verir."

-İflasın ertelenmesine karar verilebilmesi için, iyileştirme projesinin mahkemece ciddi ve inandırıcı bulunması gerekir. "...Somut olayda rayiç değerlere göre borca batıklığın tespiti yapılmış ise de özellikle sermaye artışı olmaksızın, ortağın yaptığı ödemelerin borçtan düşülmesi doğru görülmemiştir. Zira ortağın borcu ne sıfatla ödediği ve ödeme tutarı kadar alacak-lının yerine geçerek şirketten talep edip etmeyeceği, bir diğer ifade ile bu tutar için halefiyetten doğan haklarını kullanıp kullanmayacağı hususunda hiç bir açıklık bulunmamaktadır. Eğer ödeme yapan ortağın, şirkete ait bu borcu tamamen ortadan kaldırması söz konusu değilse, bu ödemelerin borca batıklık hesaplamasın-da şirket lehine değerlendirilmesi muhasebe ilkeleri çerçevesinde mümkün değildir. Kaldı ki şirketin ortak-lara olan 635.737,80 TL'lik borcunun dahi sermayeye eklenmemiş olması karşısında, ödeme yapan ortağın bu tutarlar için talepte bulunmayacağının kabulü mümkün görünmemektedir.

İflasın ertelenmesi için şirketin öncelikle yeni kaynak sağlaması beklenir. Bu sermaye ve/veya kârlılığın arttırılması suretiyle mümkün olabilir; sadece ihtiyati tedbirlerle erteleme cihetine gidilmesine yasal ola-nak bulunmamaktadır. Oysa davacı şirketin sermaye artışına ilişkin hiç bir girişimi dosyaya yansımamıştır. Hatay'ın büyükşehir belediyesi statüsüne girmesinin satışlarda artışa yol açacağı belirtilmişse de dönem net zararının 3.798.825,-TL olduğunun anlaşılması karşısında, bu proje unsurunun da somut ve uygula-nabilir olmadığı ortaya çıkmıştır. Kayyım raporları sadece dönem mizanlarının sunul-masından ibaret olup, şirketin erteleme sürecindeki durumunu dosyaya yansıtmaktan uzaktır. Bu durumda mahkemece davacı şirketin borca batıklık durumunun tereddüde yer bırakmayacak biçimde belirlenmesi ve projenin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı ve süreç içindeki uygulamaların projede gösterilen iyileştirme unsurlarına uygun bulunup bulunmadığı hususunda somut verilere dayalı, teknik, denetime elverişli ve

detaylı bir inceleme için, dosyanın oluşturulacak uzman bir heyete tevdi ile dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması ve varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmek gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değer-lendirmelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..."**Yargıtay 23. HD. 2014/2215 E. ve 2014/7642 K. sayılı ilamı.**

Uygulamada en çok karşılaşılan iyileştirme tedbirlerini aşağıdaki şekilde tasnif edebiliriz :

- ❖Yönetimin yeniden yapılandırılması,
- ❖Operasyon biriminin yeniden yapılandırılması
- ❖Varlıkların yeniden yapılandırılması
- ❖Finansal yeniden yapılandırma.

Bunları somutlaştırırsak;

- ✓Sermaye artırımına gidilmesi ve iştirak taahhütnam-elerinin alınmış olması,
 - ✓Pay sahiplerinin ve ya üçüncü kişilerin, şirketin bazı borç ve taahhütlerini üstlenmesi,
 - ✓Başarısı ile tanınmış kişilerden oluşan yeni bir yöne-tim kurulunun oluşturulması,
 - ✓Bazı mali af kanunlarının çıkması sebebiyle şirketin vergi borçlarında önemli ölçüde azalma,
 - ✓Alacaklılarla faiz indirimi ve borç erteleme anlaşması yapılması
 - ✓Kazanılması kuvvetle muhtemel sorumluluk dava-larının açılması,
 - ✓Şirket hissedarlarının veya üçüncü kişilerin, şirket borçları için alacaklılar lehine garanti vermeleri veya muhtemel zararları üstlenmeleri,
 - ✓Şirketin önemli miktarda gelir sağlayacak olan yarım kalmış işlerinin bitirilebileceği konusunda yeni gelişmelerin ortaya çıkması ve bunların değerlendirile-bilir olması gibi örnekler verilebilmektedir.
- Ancak alacaklılar için önemli olan, bu iyileştirme projel-erinin ciddi, inandırıcı ve uygulanabilir olup olmadığının denetlenebilmesidir. **Yine tüm alacaklılar arasında eşit şekilde davranılacağıının iyileştirme projesinde gösterilmesi gerekmektedir.** Bu şekilde bir denetim ile, alacaklılar, iflas erteleme sürecinin uzamasından



zarar göreceklerine inanıyorlarsa, gerekli itirazlarda bulunmaları gerekmektedir.

•Alacaklının İcra Takibi Yapma Hakkı :

İflasın ertelenmesi yargılamasında verilen tedbir kararının niteliğine göre; alacaklıların açmış olduğu takiplerin durdurulmasına ve tedbir kararından itibaren yeni takip açılmamasına ilişkin olarak karar verilebilir. Ancak bu karar yukarıda da bahsettiğimiz üzere İİK m. 179/b⁵ hükmünde yer alan tedbiri aşamaz.

Buna göre, kamu alacakları da dahil olmak üzere hiçbir icra veya iflas takibi yapılamayacağı gibi, başlamış takiplere de devam edilemez.

Dikkat edilmesi gereken husus, açılmış bulunan takiplerin iptal edilemeyeceği ancak durdurulması-na karar verilebileceğidir. Bunun pratik faydası ise, konulmuş hacizlerin ve alınan temliklerin kaldırılama-sıdır.

Bu tedbir kararı ancak iflas erteleme talep edenler hakkında hüküm ve sonuç doğurur; yoksa müteselsil borçlularına veya kefalet ilişkisi durumlarında ala-caklılar diğer borçlulara karşı icra takiplerine devam edebilir, haciz işlemleri yapabilirler. İcra takipleri yönünden bu prensibin istisnaları vardır : -İhtiyati hacizler yönünden uygulamada ortaya çıkan sorunlar sebebiyle açıklama yapma gereği olduğu kanaatindeyiz. İhtiyati haciz; alacaklının para alacağını zamanında ödenmesinin güvence altına alınması

⁵MADDE 179/B - [EKLENMİŞ MADDE RG T: 30.07.2003 RG NO: 25184 KANUN NO: 4949/50]
Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve ewelce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanasını ve hak düşüren müddetler işlemez. Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza ted-birleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehlin karşılanamayacak faizler teminatlandırıl-mak zorundadır.

İçin borçlunun mallarına geçici olarak hukuken el konulmasıdır. "...İhtiyati haciz bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce ya da sonra uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. İhtiyati haczin icra takip işlemi olmadığı hususu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16/02/2000 gün ve 2000/12-49 Esas 2000/94 Karar sayılı ilâminde açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle ihtiyati tedbir kararında açıkça tedbirin ihtiyati hacizleri de kapsayacağı belirtilmediği sürece, icra takiplerinin durdurulması yönünde verilen tedbir kararı, ihtiyati haczin infazını engellemez..". **Yargıtay 12. HD. 2014/35320 E. ve 2015/10927 K. sayılı ilamı.** Uygulamada ihtiyati haciz kararı alınmasından sonra iflas erteleme yargılamasına bakan mahkemece ara karar ile tedbir kararı genişletilerek ihtiyati hacizleri de kapsar şekilde yeniden tedbir kararı kurulduğu görülmektedir. Kanımızca bu husus alınan ihtiyati haciz kararlarını etkilemeyecektir. Zira Yargıtay da aynı görüştedir. "...Borçlu vekilinin 17/04/2014 tarihinde yaptığı eldeki şikâyet tarihinden sonra? İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2014/... Esas sayılı dosyasında, 30/04/2014 tarihinde "İİK'nun 179/b maddesindeki sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle davacı şirket aleyhindeki 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de dahil olmak üzere, açılmış ve açılacak tüm icra takiplerinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına, davacı hakkında yeni icra takibi başlatılmasının ihtiyati tedbir yoluyla önlenmesine , davacı şirkete ait menkul ve gayrimenkul malların banka hesaplarındaki paralarının, üçüncü şahıslardaki hak ve alacaklarının üzerine ihtiyati haciz uygulanmasının ve ihtiyati haciz yoluyla muhafaza altına alınmasının ihtiyati tedbir yoluyla önlenmesine" yönelik ihtiyati tedbir ara kararı verildiği görülmektedir. Her dava ve şikâyet, açıldığı tarihteki hukuki durum gözetilerek hükme bağlanır. (28.11.1956 tarih ve 15/15 sayılı İ.B.K. ve HGK'nun 17/03/1954 tarih ve 3/40-49 sayılı kararı). Sonradan gelişen, değişen olaylar, değerlendirmeye katılamaz (Hukuk Genel Kurulu'nun 11.05.2011 tarih ve

2011/12-177 esas, 2011/300 karar sayılı kararı). Mahkemece yukarıda içeriği özetlenen 30.04.2014 tarihli tedbir gerekçe yapılarak takibin iptaline ve haciz ve ihtiyati hacizlerin kaldırılmasına karar verilmiş ise de, bu tedbir kararı şikayet tarihinden sonra verildiği ve şikayet nedeni olarak da ileri sürülmediğinden 30/04/2014 tarihli tedbir kararı esas alınarak takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir. İcra dosyasında ihtiyati hacizler nedeni ile muhafaza işlemi yapılmadığı gibi icra müdürlüğünce 17/03/2013 tarihli tedbir kararı uygulanarak 16/04/2014 tarihinde takibin durdurulmasına karar verildiğine göre mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde şikayetin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...”

-Rehinle temin edilen alacaklar yönünden alacaklılar takiplerine devam edebileceklerdir. İİK m. 179/b f. 2'ye göre erteleme sırasında veya yargılamada verilecek tedbir neticesinde; taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklı nedeniyle **takip başlatılabilecek ve başlamış olan takiplere de devam edilebilecektir. Ancak bu takipler nedeniyle muhafaza işlemleri yapılamayacak ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemeyecektir.** Ancak istisnanın da istisnasını mevcuttur. Şöyle ki; rehin ile temin edilmiş alacak, rehni karşılamaya yetmiyorsa, alacaklı bunun tespitini yaptırmak suretiyle ek teminat isteyebilecektir. Borçlu tarafından ek teminat gösterilememesi halinde, alacaklı takip işlemlerine devam edebilecekler.

-Takip yapma yasağına getirilen bir diğer istisna ise; İİK m. 206 hükmüne öngörülen imtiyazlı alacaklıların takip yapabilme olanağına sahip olmasıdır. Takip yapabilecek ve takibe devam edebilecek olan imtiyazlı alacaklar şu şekildedir:

✓İşçilerin iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl⁶ içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisi sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları. Belirtmek gerekir ki; Yargıtay işçi alacakları sebebiyle takip yapılabilmesi için işçi alacağının



ilama bağlı olması gerektiğini, ihtarnameye dayalı veya kesinleşmemiş icra takibine bağlı işçi alacaklarının takip yasağının istisnasını oluşturmayacağını kabul etmektedir⁷.

✓İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış

bulunan tesislere veya derneklere borçları,

İflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka. [Bu durum pratikte uygulanabilirliği çok azdır, meğer ki şirket veya kooperatifin aile hukukundan doğan nafaka borcuna katılma durumu olsun.]

*BURADA BELİRTİLEN BİR YILLIK SÜRE, TEDBİR VEYA İFLAS ERTELEME KARARI VERİLDİĞİ TARİHTEN ÖNCEKİ BİR YIL OLARAK ANLAŞILMALIDIR. 7”...İLK'nun 206/1. sırasında yazılı alacaklar için erteleme müddetinde takip yapılması mümkündür. Ancak somut olayda kesinleşmiş bir takip bulunmadığı, takibe konulan alacağın İLK'nun 206/a maddesinde sayılan 1. sıra alacaklardan olduğu hususunu kesinleşmediği, takibin ilama dayalı olmadığı ve takibin ihtarnamesine dayalı işçi alacağı olduğu anlaşılmıştır...” Yargıtay 12. HD. 2013/11244 E. ve 2013/21730 K. sayılı ilamı.

"...2004 Sayılı Kanunun ilgili maddesindeki sırasında yazılı alacaklar için erteleme müddetinde takip yapılması mümkündür. Ancak somut olayda kesinleşmiş bir takip bulunmadığı, takibe konu edilen alacağın 2004 Sayılı Kanunun ilgili maddesinde sayılan birinci sıra alacaklardan olduğu hususunun kesinleşmediği, takibin ilama dayalı olmadığı ve takibin ihtarnameye dayalı işçi alacağı olduğu anlaşılmıştır. O halde mahkemece, borçlunun usulsüz tebligata ilişkin şikayetinin kabulü ile Tebligat Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca tebliğ tarihinin borçlunun bildirdiği öğrenme tarihine göre düzeltilmesine ve iflas etmemesi davasında verilen tedbir kararından sonra borçlu hakkında yapılan takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken aksi yönde hüküm tesisi isabetsizdir..." Yargıtay 12 HD. 2013/11245 E. 2013/21729 K. sayılı ilam.



SONUÇ

✓İflasın ertelenmesi, şirket yönetim kurulu (temsil ve iltizam ile görevliler), veya tasfiye memurları ya da alacaklılardan biri tarafından bildirilen ve mahkemece de tespit edilen borca batıklık sebebiyle bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında doğrudan iflas kararı verilmesi gerekirken, mali durumun iyileştirilme ümidi olduğunu gösteren iyileştirme projesinin sunulması yönetim kurulu veya alacaklılardan birinin talep etmesi ve mahkemece iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı bulunması üzerine iflas kararı verilmesinin belirli bir süre için ertelenip kural olarak aleyhe takiplerin yapılamayacağı bu süre içerisinde mali durumun düzeltilip faaliyete devan edilebilmesini böylece iflas etmekten kurtulmayı sağlayan şirket olduğu kadar, şirket alacaklılarının ve ülke ekonomisinin de yararına olan bir iflas hukuku müessesidir.

✓İflasın ertelenmesi müessesesi; iyi işletildiği takdirde alacaklıların da menfaatine bir kurumdur. Ancak kötüniyetli borçlular tarafından, alacaklıların alacağını temini de imkansız hale getirilebilir.

✓İflas erteleme yargılamasında alacaklıların mahkeme huzurunda dinlenilme hakkı mevcuttur. Bu dinlenilme

hakkının kapsamında alacaklılar, iflas erteleme talep eden şirketin kayıtlarını da inceleyebileceklerdir.

✓İflas erteleme talebinde bulunabilmek için şirketin borca batık olması ve borca batıklıktan kurtulma ümidi olması gerekmektedir.

✓Borca batıklık, borca batıklık bilançosu ile tespit edilebilmektedir. Borca batıklık bilançosunda yer alan aktif ve pasif kalemleri dikkatlice incelenmeli, borca batıklık bilançosunun tasfiye ya da yıllık bilançodan farkları tespit edilerek gerekli itirazlar alacaklılarca süresi içerisinde yapılmalıdır.

✓İyileştirme projesi, iflas erteleme prosedürüne uygun, ciddi inandırıcı ve uygulanabilir olmalıdır. İyileştirme projesindeki sürelerin de iflas ertelemenin sonuçlarına uygun olmasına dikkat edilmelidir.

✓İflas erteleme yargılamasında verilen tedbir ve iflas erteleme kararının etkisi olan takip yasağına ilişkin istisnalar ve alacağın bu istisnalar kapsamına girip girmediği incelenmeli ve ihtiyati haczin iflas erteleme talep eden şirketin borca batıklıktan kurtulması halinde sıra cetvelinde alacaklıya kolaylık sağlayacağı unutulmamalıdır.





Gizem Örsel Pişkin
Avukat - Attorney At Law

ULUSLAR ARASI TİCARİ TAHKİM

Sanayileşmenin başlayıp gelişmesiyle beraber özellikle ticari alandaki uyuşmazlıklar da artmaya başlamıştır. Bu durum birçok hukuki sorunların ortaya çıkmasına ve dava dosyalarının artarak devlet mahkemelerinin yükünü oldukça artmasına yol açmıştır.

Tüm bu süreç beraberinde yargı süreçlerinin uzamasını ve bu durum da vatandaşların ve şirketlerin yargı sistemine karşı güvensizlik duymalarına zemin hazırlamaya başlamıştır. Dava süreçlerinin oldukça uzun sürüp, bireylerin hak arama özgürlüklerinin kısıtlanması tahkimin önemini son zamanlarda oldukça artırmıştır. Tüm bu sebeplerle gerek birçok yabancı ülkede gerekse Türkiye’de, mahkemelerin yoğunluğu ve dosyaların birikmesi sebebiyle uzayan yargı süreçlerinden kurtulmak amacıyla uyuşmazlık yollarından tahkime gidilmesi her geçen gün artmaktadır. Her geçen gün çoğalan bu hukuki ve ticari alandaki sıkıntılar dolayısıyla çalışmamızı son zamanlarda önemli giderek artan tahkim ve uluslararası ticari tahkim alanında yapmış bulunmaktayız.

TAHKİM NEDİR?

Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların devletin resmi yargı organları yerine, kendileri tarafından belirlenen hakemlerce çözümlendiği uyuşmazlık çözüm yöntemine tahkim denir. Tahkim bir takım görüşlere göre; bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemiymiş, bir takım görüşlere

göre ise doğrudan yargısal bir faaliyettir.

Taraflar uyuşmazlık çıkmadan ya da çıktıktan sonra bir tahkim anlaşması yaparak tahkime gidebilmektedirler. Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkime belli konularda başvuru yapılabileceği için HMK md. 412/1 gereğince “ Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” Maddesinde de açıkça belirtildiği üzere konularda da başvurulamamaktadır. Yani tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuda tahkime gidilemez. Hakem sözleşmesi ise tahkim sözleşmesinden farklı olup, taraflar ile hakemler arasında yapılan sözleşmedir. Hakem sözleşmesi ile hakemler, uyuşmazlığın çözümünü; taraflar ise bunun karşılığında hakemlere bir ücret ödemeyi kararlaştırmaktadırlar. HMK 412/2’ ye göre; tahkim anlaşması taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Uygulamada ise genellikle ana sözleşmeye konan bir madde şeklinde tahkim kaydı olarak düzenlenmektedir. Tahkim anlaşmasının bir diğer şartı da yazılı şekilde yapılması gerektiğidir. Belirtmek gerekir ki, bu yazılı şekil şartı bir ispat şartı değil geçerlilik şartıdır. Ayrıca HMK md.412/3 ‘ e göre; asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim anlaşması yapılmış sayılır. HMK md.412/4 ‘ Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. HMK md.412/5 ‘ Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları

halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir. HMK’da da ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olduğu üzere Türk Hukuk Sistemi içerisinde de tahkim uyuşmazlık çözüm yolunun önemi giderek artmaktadır.

ULUSLAR ARASI TİCARİ TAHKİM

Uluslararası ticari tahkim, kanunun yasaklamamış olduğu hallerde, tabiiyetleri farklı olan tarafların taraf oldukları bir ticari sözleşmeden kaynaklı taraflar arasında doğmuş olan veya ileride doğacak olan uyuşmazlık ve anlaşmazlıklarda devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca tayin edilmiş bulunan taraflar veya kurumlar aracılığı ile bir yabancı hukuk sisteminin müdahil veya etkili kılındığı tahkim çeşitidir. Uluslararası ticari tahkim her geçen gün önem kazanmaktadır. Günümüzde gerek Türkiye için gerek diğer ülkeler için uluslararası ticari ilişkiler hızla artmaktadır. Bununla beraber ticari uyuşmazlıklar da ticari ilişkilerle orantılı olarak günden güne artmaktadır. Bu uyuşmazlıklar için artık devlet yargısından ziyade tahkim yoluyla çözümlenme süreci artmaktadır. Tahkimin birçok faydasının yanında olumsuz yönlerinin de bulunduğu inkar edilemez. Tahkimin avantajları ve dezavantajlarını aşağıdaki şekilde değerlendirmek mümkündür;

TAHKİMİN AVANTAJLARI

Tarafların ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu seçmelerinin birçok sebebi bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

1-Tahkim, yerel mahkemelere göre çok daha çabuk sonuçlanıp, işlemler daha hızlı ilerlemektedir. Bu nedenle tahkim zaman ve masraf tasarrufu sağlar. Ayrıca uygun bir tahkim dili ve/veya tahkim yerinin seçilmesi halinde gereksiz tercüme ve yol mas-





rafları olmayacağından gereksiz harcamalardan da kaçınılmış olur.

2-Taraflardan birinin yetkili yargı yeri olarak milli mahkemesinin seçilmesi uluslar arası nezaket kuralları ve tarafların eşitliği ilkesi gereği uygun düşmemektedir. Tarafların birinin milli mahkemesinin seçimi sonucu diğer taraf bakımından güvensizlik doğuracağı için tahkim yolunun seçilmesi her zaman daha iyidir.

3-Taraflardan birinin milli mahkemesi seçilecek olursa; söz konusu durum uygulanacak usul hukuku ve yetkili mahkemenin tespiti bakımından birçok zorluk ve sıkıntıya yol açabilir.

4-Tahkime güven taraflar bakımından esastır ve tahkim süreci gizlidir. Çünkü tahkimde yazışmalar ve duruşmalar halka açık değildir ve kararlar taraflarca onaylanmadıkça ilan edilmemektedir. Bu da taraflara kesin bir mahremiyet sağlamaktadır.

5-Tahkimdeki hakemler uzmandır. Uluslar arası ticari uyuşmazlıklar çözülmesi zor bir süreç olduğu için özel bir bilgi ve uzmanlığı gerektirmektedir. Bu nedenle uyuşmazlığın ilgili ihtilaflı alanlarda uzman olan hakemlerce çözülmesi uyuşmazlıkların kısa sürede çözülmesini ve daha doğru bir karar alınmasına olanak tanımaktadır.

6-Hakem kararlarının tenfizi yabancı bir mahkeme kararının tenfizi açısından daha kolaydır. Bunun sebebi 1958 tarihli Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve İcra Edilebilmesine Dair New York Sözleşmesi' dir.

II -TAHKİMİN DEZAVANTAJLARI

Tahkimin yukarıda sayılan avantajlarının yanı sıra dezavantajları da bulunmaktadır. Bunları da şu şekilde sıralayabiliriz;

1-Tahkimin gizliliği bazı durumlarda devletler bakımından sakıncalar yaratabilmektedir. Gizlilik ilkesi



sonucu devletlerin, şirketlerin mali durumlarına ulaşmasının engellenmesi hukuki açıdan sakıncalara sebebiyet verebilmektedir. 2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu miktarın az olması halinde uluslararası tahkim yolu oldukça pahalıya gelebilmektedir.

3-Uluslar arası tahkim anlaşmalarının en önemlisi ve 150 ülkenin de taraf olduğu " New York Konvansiyonu" na taraf olmayan ülkeler bakımından uluslar arası hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından karışıklıklar yaratabilmektedir.

4-Bazı durumlarda hakemi tayin edecek kişinin hakemi kendi çıkarı doğrultusunda karar vermesi aksi takdirde o kişiyi hakem olarak seçmeyeceği yönünde baskı kurması da büyük bir sakıncaya yol açmaktadır.

5-Son zamanlarda şüphe yaratan en büyük sıkıntılardan birisi de tahkim merkezlerinin ve hakemlerinin taraflı davrandığı endişesi ve sanayi devletlerini koruyarak

zayıf devletleri sömürme amacı güttüğü endişesidir.

Tüm bu sakıncaların yanında tahkim devletlerin yargı sistemlerine göre daha hızlı daha güvenilir ve garanti olduğu için kanaatimizce tahkimin seçilmesi öncelikli olmalıdır.

ULUSLAR ARASI TİCARİ TAHKİM TÜRLERİ

Tarafların uluslar arası ticari uyuşmazlıklarda seçebilecekleri iki tane tahkim yolu bulunmaktadır. Bunlardan biri Ad Hoc Tahkim diğeri ise Kurumsal Tahkimdir.

A-AD HOC (ÖZEL) TAHKİM

Ad hoc tahkim yani özel tahkimde bu tahkim türüne bir kurum dahil değildir ve işlem taraflarca organize edilmektedir. Taraflar tahkime ilişkin belirlenmesi gereken neredeyse tüm esasları belirlemektedirler. Yani

taraf lar hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve bu tahkim usulünde uygulanacak maddi hukuk kurallarını kendileri tayin ederler. Görüldüğü üzere bu tahkim türü taraflara tam bir özgürlük alanı yaratmaktadır. Bunun lar beraber taraflar bu tahkim türünde kendileri usul kurallarını belirlemek yerini çeşitli kurumlarca düzenlenmiş tahkim kurallarını da uygulayabilmektedirler. Ad hoc tahkimin ilk düzenleniş yeri 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticari Tahkim Sözleşmesi ile olmuştur. Daha sonra Ad Hoc Tahkime ilişkin en modern kurallar Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından düzenlenip kabul edilmiştir. Günümüzde UNCITRAL tahkim kuralları ad hoc tahkim açısından uluslar arası uyuşmazlıklarda en çok tercih edilen tahkim kurallarıdır. Ad hoc tahkimde herhangi bir kuruma para ödenmediği için tercih sebebi olup, kurumsal tahkime nazaran daha az masraflı olduğu söylense de bunun her zaman bu şekilde olduğunu iddia etmek doğru değildir. Zaman zaman kurumsal tahkim ad hoc tahkime göre daha uygun olabilmektedir.

KURUMSAL TAHKİM

Kurumsal tahkim, tahkim sürecinin daimi bir hakem kuruluşunca ve tahkim usulünün bu kuruluşun tahkim kuralları uyarınca bu hakem kuruluşunun gözetiminde yönetildiği tahkim türüdür. Ad hoc tahkimin aksine tarafların müdahale ve düzenlemesi söz konusu olmayıp kurulun önceden hazırlamış olduğu kurallar mevcuttur ve taraflarca düzenlenmemiş hususlar kurulun kurallarına göre yönetilmektedir. Kurumsal tahkimin tercih sebebi ise güvenilirlik ve taraflar bakımından rahatlık ve iyi bir hizmet sağlamasıdır. Birçok kurumsal tahkim kuruluşu bulunmakta olup (ICC, AAA, LCIA vs.) günümüzde Türk şirketlerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların çoğu ise tercihen, ICC (International Chamber of Commerce), ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes), LCIA (London Court of International Arbitration) nezdinde çözümlenmekte olup, aşağıda kısaca ICC ve ICSID hakkında açıklama

yapılacaktır. Ayrıca, Türkiye’ de kurulmuş olan İstanbul Tahkim Merkezi ve İstanbul Tahkim Merkezi Yasa Tasarısı ile ilgili bilgilendirme yapılacaktır.

ICC (International Chamber of Commerce)

Milletlerarası tahkim divanı uluslar arası ticari uyuşmazlıkların çözümlenmesinin başında gelen dünyanın en önemli merkezlerinden biridir. 1923 yılında kurulan ve milletlerarası ticari tahkime öncülük eden bu kuruluş, Uluslararası Ticaret Odası bünyesinde oluşturulmuş ve Uluslararası Tahkim Mahkemesi nezdinde faaliyet göstermektedir. ICC Divanı tamamen uluslararası bir çerçeveye ve en yaygın temsil edilen tahkim kuruluşu olma özelliğine sahiptir. 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları (The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce 2012) 1998 ICC kurallarına göre önemli farklılıklar getirmiştir. Bunlar;

- 1-ICC Tahkim Mahkemesi’nin görevi anlaşmazlıkların çözümünde yetkili olmaktan ziyade, anlaşmazlıkların çözümünde ICC Kuralları çerçevesinde yürütülmesine aracı rolüne vurgu yapılmıştır.
- 2-2. Maddede işlemlerle ilgili yazılı bildirim ve iletişimin diğer bildirim yöntemlerinin yanı sıra e-mail ile olabileceği belirtilmiştir.
- 3-1998 kurallarına göre tahkim talebi sekreterliğe yapılmaktayken, 2012 kuralları ile yetkili ofislere de talepte bulunabilme imkanı getirilmiştir.
- 4-Çok taraflı yatırım anlaşmalarında 3.kişiler herhangi bir taraf yanında yahut bağımsız olarak diğer tarafların rızası aranmadan sekreterliğe verecekleri bir talep ile tahkime katılabileceklerdir.
- 5-Dava dilekçesinin ve/veya karşı dava dilekçesinin şartnameye göre verilmesinden sonra ek bir dava veya karşı dava dilekçesi verilecekse eğer bu mahkemenin onayına tabidir.

- 6-Tahkim yargılamasının hızlandırılmasına ilişkin de bir takım değişiklikler yapılmış olup, buna ilişkin Tahkim Mahkemesi’ nin mahkemenin yürütülmesi ile ilgili görev belgesi imzalanırken veya bunu takip eden en kısa zamanda imzalanmasına yönelik düzenleme yapılmıştır.
- 7-Tahkim şartına karşı ilk itirazlar için revize kurallar tahkim şartının varlığına, geçerliliğine ve kapsamına ilişkin itirazların tahkim mahkemesine yapılabileceği öngörülmüştür.
- 8-1998 kurallarına göre tahkim anlaşmasının varlığı halinde ICC Mahkemesi ilk izlenime göre karar verirken, 2012 düzenlemelerine göre, mahkeme bu konuda bütün iddiaları dinlemek ve buna göre karar vermek zorundadır.
- 9-ICC Milli Komitelerin rolü hakemlerin atanması ile ilgili olarak korunurken 2012 kurallarıyla, ulusal komitenin başarısız olduğu ya da zamanında atama yapamadığı hallerde resen hakemleri atamaya yetkilidir.
- 10-1998 Kurallarına göre hakemler hem bağımsız hem de tarafsız olmak zorundadırlar. 2012 değişiklikleriyle beraber ICC doğrudan hakem atama yetkisi de kazanmıştır.

ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes)

Bu tahkim kurulu uluslar arası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü amacıyla kurulmuştur. ICSID tahkim merkezinin amacı, yabancı yatırımcının yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı olan güvensizliklerinin veya tereddütlerinin giderilerek yatırım yapılmasının sağlanmasıdır. Dünya Bankası tarafından 1965 yılında bir sözleşme ile uluslar arası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü merkezi kurulmuştur. Bu kurumun merkezi Dünya Bankası’nın merkezi olan Washington’ dur. Bu merkez aracılığı ile yatırım uyuşmazlıklarında çözüm için bir tahkim ve uzlaştırma yolu amaçlanmıştır.

ICSID sözleşmesi Türkiye tarafından ise 1988 yılında iki adet çekince konularak kabul edilmiştir. Bunlardan birincisi 25/4. Maddesine ilişkin olan, ülkede yer alan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve aynı haklarla ilgili uyuşmazlıkların, münhasıran Türk yargı mercilerinin yargılama yetkisinde olduğunu ve bu konuda ICSID yargılamasına gidilemeyeceğine ilişkin çekince koymuştur. Diğer çekince ise; 64. Maddesine ilişkin olarak, Türkiye, tahkim kararlarının uygulanması ve yorumlanması konusunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların müzakere yolu ile giderilememesi durumunda uyuşmazlığın taraflar arasında yapılacak anlamlı müzakereler yoluyla çözüleceğini belirterek, çözüm için bir üçüncü tarafa (Lahey Adalet Divanı’ na) başvurulmayacağı çekincesini koymuştur. ICSID tahkim prosedürünün başlamasının temel koşullarından biri ICSID’ ın yargılama yetkisine onay verilmesidir. Bu prosedürü başlatmak isteyen öncelikle bu yöndeki talebini Merkez’de bulunan Genel Sekreter ’e yazılı olarak iletmelidir. Talebin bir örneği Genel Sekreterlik tarafından karşı tarafa gönderilir. Genel Sekreter uyuşmazlığın açık bir şekilde merkezin yargılama yetkisinin dışında olduğunu düşünüyorsa talebi kaydetmekten imtina edebilir. Bu imtina halinde taraflar sebepleri ile birlikte derhal haberdar edilirler. Tahkim prosedürü talebin Genel Sekreter tarafından kaydedildiği tarihte başlamış sayılır. Bu başvuru üzerine Genel Sekreter talep eden tarafa talebi aldığına dair bir mektup gönderir ve ancak belirlenen ücret ödendikten sonra işlemlere başlanabilir. Tahkim talebinden sonra hakem heyeti oluşturulur. Heyet ya tek hakemden ya da tarafların üzerinde anlaşacağı tek sayıda hakemlerden oluşur. Uyuşmazlığın çözümünde daha önceki herhangi bir işlemden açıkça uzlaştırmacı ya da hakem olarak görev almış bir kişi, Hakem Heyetinin üyesi olarak atanamaz. Hakem Heyeti oluşturulduktan sonra heyet inceleme aşamasına geçilmektedir. Heyet yetkisi hakkında kendisi karar verir. Ardından heyet oturumları yapılır. Prosedürün yürütülmesi için gerekli emirleri Heyet

vermektedir. Sulh ve talep halinde dava düşebileceği gibi taraflarca davaya ilişkin bütün iddia ve savunmalar ile bunlara ilişkin delillerin sunulması tamamlandığında, prosedür kapanır. İhtilaf esastan karar ile çözümlenir. Karara karşı müracaat yolları, temyiz ve iptal yolu da açıktır.

c-İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)

Kurumsal Tahkim' de önemli bir adım atılmış olup, İstanbul Tahkim Merkezi Kanun'u ile İstanbul' da İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur. Uyuşmazlık çözüm yollarından tahkimin faydaları dikkate alındığında ülkemizde tahkimin ve alternatif çözüm

kültürünün zayıf kaldığı bir ortama İstanbul Tahkim Merkezi' nin kurulması oldukça büyük bir katkı sağlamıştır. İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve özel hukuk ilişkisinden doğan anlaşmazlıkların, tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözülmesini sağlamak üzere İstanbul Tahkim Merkezi' nin kurulması, teşkilat ve faaliyetine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Bu kanunun uygulanmasını sağlamak ve Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine tabi, idari ve mali özerkliğe sahip, İstanbul Tahkim Merkezi kurulmuştur. Merkezi görevleri şunlardır:

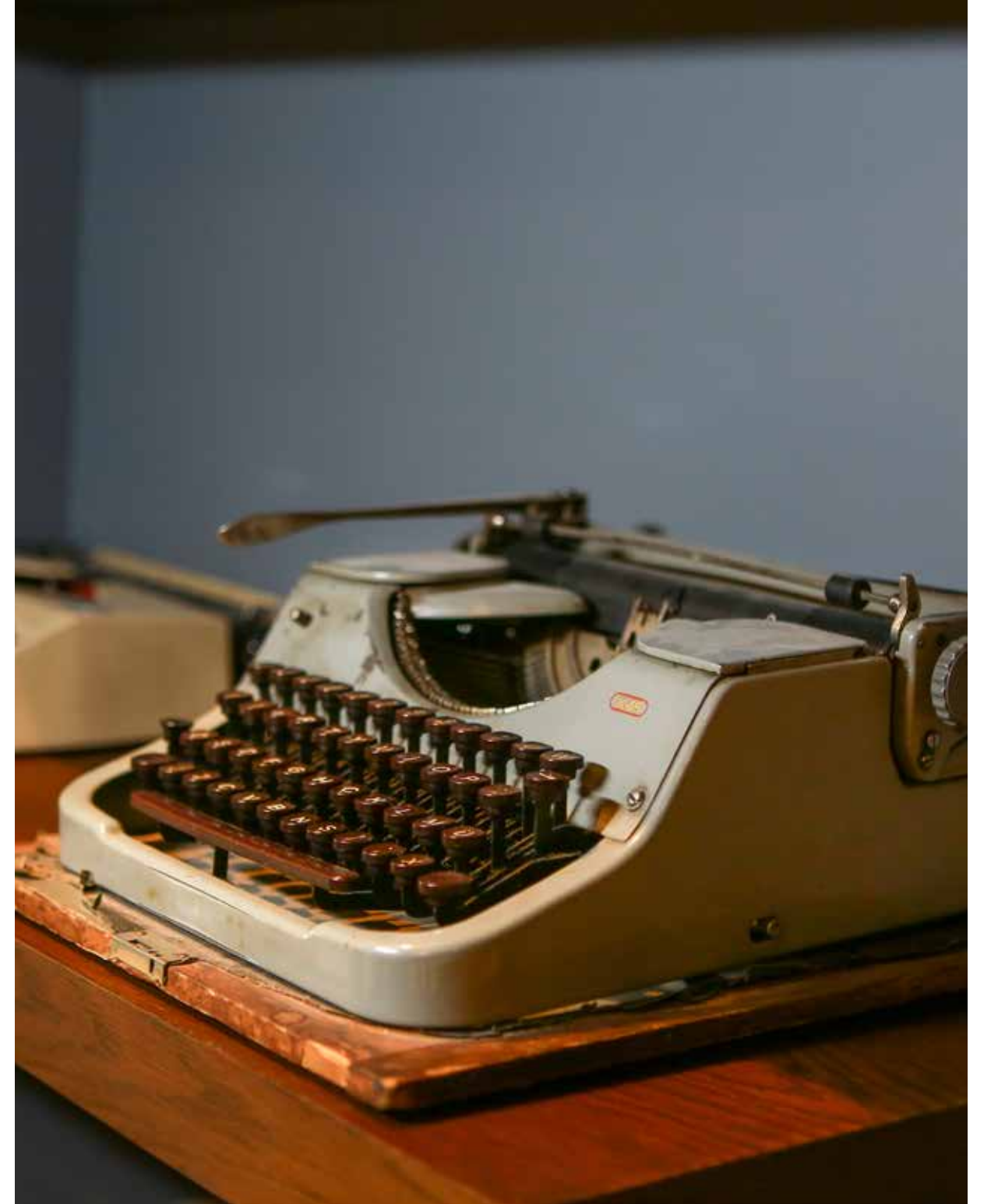
- Tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin yönetmelikle belirlenecek hizmetlerin yürütülmesini sağlamak,
- Yıllık ücret tarifesini hazırlamak ve verilen hizmet bellerini tahsil etmek,
- Yıllık faaliyet raporunu ve gelecek yıla ait faaliyet planını hazırlayarak Genel Kurul' un bilgisine sunmak,
- Tahkim veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili tanıtım ve yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmaları teşvik etmek, desteklemek, ilgili kişi ve kurumlarla iş birliği yapmak.

Bu tahkim Merkezi' nin kuruluşunun toplumsal barışa büyük bir katkı sağlayacağı şüphesizdir. Bununla beraber bu Tahkim Merkezi' nin işlerliği daha aktif hale

getirilmelidir ve bu konuda yönlendirmeler yapılmalıdır. Bu da Mahkemeler tarafından tahkim ve alternatif çözüm yollarının daha etkin kullanılmasının sağlanmasıyla gerçekleşebilir. Bu bakımdan alternatif çözüm yollarının aranmasında fayda bulunmaktadır. Çünkü Türkiye' de tahkim yolu yeteri kadar tercih edilip bilinmediği için Türkiye' de yargının işleyiş süreci her geçen gün uzamaktadır. Bu bakımdan tahkime ve alternatif çözüm yollarına teşvik artırılmalı, bireyler ve şirketler bu konuda bilgilendirilmelidir. Ayrıca Tahkim Merkezi' nin hem ulusal hem de uluslar arası tanınırlığını artırmak gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi için de Tahkim Merkezi bünyesinde Danışma Kurulu kurulmuştur. Bu kurulun amacı hem Merkez' in tanıtımı hem de uluslar arası tecrübelerden yararlanmaktır. Bu kapsamda, Tahkim Merkezi bünyesinde tahkim ve alternatif çözüm yolları konusunda bilgili, tecrübeli, istekli kişiler çalıştırarak, ulusal ve uluslar arası bazda iyi bir tanıtım sağlanarak işlerliği artırılabilir ve bunun sonucunda etkinleşen bu Merkez yargı sürecinde oldukça rahatlatıcı, hızlı ve ulusal barışı sağlayıcı bir sonuca götürecektir.

SONUÇ

Tüm dünyada her geçen gün sanayi, teknoloji ve kalkınmanın artmasıyla birlikte ticari ilişkiler de artmaktadır. Bunun yanı sıra globalleşen dünyada ülkelerin bir- birleriyle olan ilişkilerinin ve ticaretlerinin de artması arada bazı uyuşmazlıkları da beraberinde getirmektedir. İşte burada uluslar arası ticari tahkim önem kazanmaya başlamaktadır. Uzun sürede sonuçlanan yargı süreçleri bireylerde ve şirketlerde yılgınlığa sebebiyet vererek, Mahkemelerdeki dava dosya sayısının ve yükünün de artmasına neden olmaktadır. Bu noktada faydası sakıncalarından fazla olan tahkim önem arz etmektedir. Bu nedente uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözümler bulununcaya kadar tahkim yolunun tercih edilmesi toplumsal barışın sağlanmasında ve uyuşmazlıkların daha uzmanca çözümlenmesinde yarar sağlayacaktır.





Esmâ **KOCATEPE**
Avukat - Attorney At Law

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİNE, KEFİL OLMA EHLİYETİNE VE EŞİN RIZASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN AVAL KURUMU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu m.603 ile, kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesi amacını taşıyan ve başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını kanun koyucu tarafından emredilmesi üzerine; şahsi teminat amacı taşıyan, kambiyo hukukuna özgü bir kurum olan avalin geçerliliğinin de söz konusu hükümler açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

AVAL VE AVALİN KEFALET SÖZLEŞMESİ İLE İLİŞKİSİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu' nu m.700-702 arasında düzenleme alanı bulan aval, kambiyo senetlerine özgü bir kavram olup, aval veren, avalist olma iradesini ortaya koyarak kambiyo senedine konu edilen borcun ödeneceğine ilişkin teminat vermektedir. Aval veren gerçek kişinin kambiyo senedinden kaynaklanan borcun ödeneceğini şahsen teminat altına alması ve aval kurumunun kimi yazarlarca "ticari kefalet", "kambiyo kefaleti" gibi terimlerle tanımlanması, bu kurumu kefalet sözleşmesine yaklaştırmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.603 ile kefalet sözleşmesinin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce şahsi güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılacak sözleşmelere de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu bu düzenleme ile kefaletle ilişkin söz konusu hükümlerin dolanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

Gerçek kişi tarafından verilen avalin, kambiyo senedin-

den kaynaklanan borcun ödeneceğine dair şahsi güvence içermesi hasebiyle, geçerliliğinde TBK m.603 gereği; kefaletin şekli, kefil olma ehliyeti ve eş rızası için öngörülen şartların aval için de aranıp aranmayacağı tartışmak gerekmektedir.

KEFALET SÖZLEŞMESİ VE AVAL KURUMU ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR

TBK m.603' ün aval açısından değerlendirmesine geçmeden önce her iki kurum arasındaki benzerlik ve farklılıklara bakacak olursak; kambiyo senetlerine özgü bir kurum olan aval ile kefalet arasında, şahsi teminat sağlama amacı dışında birçok farklılıklar bulunmaktadır.

TBK m.581-vd düzenleme alanı bulan kefalet sözleşmesi; kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesi; alacaklı, kefil ve borçlu arasında üç köşeli hukuki sonuç doğursa da, sözleşmenin tarafları alacaklı ile kefildir.¹

TTK m.700-702' de düzenleme alanı bulan aval ise; poliçe, çek ve bonoya özgü bir tür kambiyo taahhüdüdür. Aval; poliçe, çek ve bono bedelinin kısmen ya da tamamen ödeneceği hususunda güvence vermek ve bu suretle tedavül kolaylığı sağlamak amacıyla kambiyo senedi yahut alonj üzerine verilir.

Farkları ise;

1.Kefalet sözleşmesi, kıymetli evrak üzerine verilmesi gereken avalin aksine, esas borca ilişkin sözleşmeden ayrı olarak düzenlenebilir.

2.Aval veren, bono, poliçe ve çekin unsurlarındaki eksiklik dışında asıl borçludan kaynaklanan def' i ve itirazları süremez iken kefil, asıl borçlunun ödemedi aczinden kaynaklanan dışındaki tüm def'i ve itirazları ileri sürebilir ve hatta ileri sürmek zorundadır. (TBK m.591/1)

3.Avalistin sorumluluğu müteselsildir ve bu niteliğin bertaraf edilmesi mümkün değildir. Oysa kefalette kural, adi kefalet olup kefil, asıl borçluya göre fer' i nitelikte sorumludur. Kefaletin müteselsil sorumlu olabilmesi için; ya kefalet sözleşmesinde bu yönde hüküm olmalı ya da kefil ticari işe kefil olmalıdır. (TTK m.7) avalistin sorumluluğu müteselsildir. Ve avalistin müteselsil sorumluluğu bertaraf etmesi mümkün değildir. 4.Avalist, ödemede bulunduğu takdirde, lehine aval verdiği kişiye yahut bu kişiye karşı sorumlu olanlara yönelik kıymetli evrakten kaynaklanan bağımsız bir rücu hakkı elde eder. Kefil ise, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur.

5.Kefalet sözleşmesi ile kefil, feri bir borç üstlendiğinden; altta geçerli bir borç ilişkisinin varlığını gerektirir. Aval ise; bağımsız bir taahhüt olduğundan, lehine aval verilen kişinin taahhüdünün hükümsüz olması, aval taahhüdünü kural olarak sakatlamaz.

6.Hamilin bir senet borçlusuna karşı icra takibi yapması, avalist bakımından da zamanasımının kesilmesine neden olmaz. (TTK m.751) Kefalette ise; zamanasımı asıl borçluya karşı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur (TBK m.155/2)

KEFALET VE AVALDE ŞEKİL

Kefalet sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı TBK m.583/1' de düzenlenmiştir. Şekle ilişkin işbu düzen-

leme, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için gerekli şartları içermekte olup hükme göre; *"kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi be-lirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır."*

Kanun koyucunun TBK m.583'te sayılan unsurların el yazısıyla yazılmasını geçerlilik şekli olarak benimsemesi, beyaza imzanın yarattığı mağduriyeti ortadan kaldırmaya yönelik olması nedeniyle önem taşımaktadır. Düzenlemenin bir diğer sonucu da; kişi, okuma yazma bilmiyorsa ya da el yazısıyla imza atamıyorsa kefil olamayacaktır.²

Aval ise; "aval içindir" veya benzer tabirler altına imza atmak suretiyle verilir. Kambiyo senedinin ön yüzüne atılan ve muhatap veya düzenleyenin imzası dışında kalan her imza aval sayılır. Kimin için verildiği belli değilse, aval düzenleyen lehine verilmiş kabul edilir. (TTK m.701/3-4) Ancak aval senedin arka yüzüne yazmak suretiyle verilmek isteniyorsa, mutlaka aval amacıyla atıldığını belli eden ibareler de yazılmalıdır.

GERÇEK KİŞİLERİN KEFİL VE AVALİST OLMA EHLİYETİ

Gerçek kişilerin kefil olabilmesi için tam ehliyetli olmaları (ergin, ayırt etme gücüne sahip, kısıtlanmamış) gerekir. Bu sebeple sınırlı ehliyetsizlerin (küçük/kısıtlı) kefalet sözleşmesi yapması veya yapılmış sözleşmeye onay vermesi yasaktır. Yasağa rağmen yapılmış olan

¹Ayan, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, (Adalet Yayınevi), s.13.

²Özen, Burak; Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2013, (Vedat Kitapçılık), s.86.

sözleşmeler ise kesin hükümsüzdür. Bunun haricinde, 6098 sayılı TBK ile eski Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak evli bir kişinin akdettiği kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için diğer eşin yazılı rızası aranmaktadır. TBK m.584/1' e göre; "eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır." Avalde ise; sınırlı ehliyetsiz bir kişi, yasal temsilcisinin rızasıyla aval verebileceği gibi, yasal temsilcisi de sınırlı ehliyetsiz adına aval verebilir. Bu konuda kefalet sözleşmesine getirildiği gibi bir yasak söz konusu değildir. Ayrıca TTK' da avalistin evli olması halinde eşinin yazılı rızasının aranacağına ilişkin bir hüküm de mevcut değildir.

KEFALETİN ŞEKLİNE, KEFİL OLMA EHLİYETİNE VE EŞİN RIZASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN AVALE UYGULANA BİLİRLİĞİ

A.Kefaletle ilişkin şekli şartların aval açısından değerlendirilmesi TBK m.603' e göre; kefaletinin şekline ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelerde de uygulanacağından kefaletinin şekil şartlarının aval için de aranıp aranmayacağından tartışılması gerekmektedir. Kanaatimizce kefaletinin şekline ilişkin hükümlerin avale uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Öncelikle hükmü lafzi olarak yorumlayacak olursak; aval tek taraflı bir hukuki işlemdir, ancak TBK m.603' ün, kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer "sözleşmeler" e uygulanacağı düzenlenmektedir. Burada kanun koyucunun iki taraflı hukuki işlemleri kasteditip

kastetmediğini incelemek gerekmektedir. Hükmün gerekçesinde buna ilişkin bir açıklama yer almamakla beraber, "gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan sözleşmeler" tanımına örnek olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi gösterilmiştir. Kanun koyucu tarafından yaratılan işbu örtülü boşluğun amaca uygun olarak yorumlanması gerekmektedir.³

İkinci husus ise; avalin şekli TTK m.701' de özel olarak düzenlenmiştir. Avalin şekline ilişkin işbu hüküm, TBK' nın kefaletinin şekline ilişkin hükümlerine göre daha özel niteliktedir. Bu sebeple de kefaletinin şekline ilişkin şartların aval için aranması mümkün değildir.

B.Kefil olma ehliyetine ilişkin hükümlerin aval için değerlendirilmesi TTK' nın avale ilişkin hükümlerine bakıldığında, aval olma ehliyetine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Eş rızasına bakacak olursak; kefalet sözleşmesi akdedilirken kefilin eşinin yazılı rızası aranması gereken hallerin varlığına rağmen, eşten rıza alınmamışsa, sözleşme kesin hükümsüzdür.

TBK m.603' ün gerekçesinde hükmün amacı belirtilmiş olup işbu madde ile kefilin koruyucu hükümlerin başka ad altında yapılan sözleşmelerle dolandırılmasının önüne geçmek istenmiştir. Doktrinde hükmün gerekçesi doğrultusunda oluşan baskın görüş ise; kefalet için düzenlenen hükümlerin gerçek kişilerce verilen kefalete denk ya da daha ağır şartlarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere evleviyetle uygulanması gerektiğidir.

Kanımızca, fer' i nitelikte sorumluluk yükleyen kefalet sözleşmesinin geçerliliği bile eşin rızasına bağlanmış iken kişiyi bağımsız bir borç altına sokan aval için de eş rızasının alınması gerekmektedir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise önüne gelen bir



uyuşmazlıkta; TTK hükümlerinin TBK hükümlerine göre özel nitelik taşıdığına, TTK' da da avalin geçerliliğinin eş rızası koşuluna bağlanmadığına, bu sebeple kefalet sözleşmesinin eş rızasını düzenleyen 584. maddesinin avalde uygulanamayacağına karar vermiştir.⁴ Kanaatimizce Yargıtay' ın işbu kararı yerinde değildir. Zira TTK' da aval taahhüdünde bulunma ehliyetine, eş rızasına ilişkin hüküm yer almamakta, bu konuda bir boşluk bulunmaktadır. Bu durumda genel hükümler barındıran TBK' da yer alan ve emredici nitelik taşıyan m.603 gereği aval taahhüdünün geçerliliği için avalistin eşinin rızasının alınması gerekmektedir.

Hükmün amacı dikkate alındığında, kefil olma ehliyeti ve eşin rızasına ilişkin TBK hükümlerinin avale uygulanması gerekmektedir. Ancak avalin niteliği açısından konuyu ele aldığımızda bir takım tereddütler baş gös-

termektedir. Şöyle ki;

- TBK m.603, gerçek kişilerce akdedilen kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere, kefalet sözleşmesinin kefil olma ehliyeti ve eş rızasına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiği emredici olarak düzenlenmiştir. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere; aval tek taraflı bir hukuki işlemdir.

- Avalin teminat fonksiyonu yanında iktisadi bir fonksiyonun da bulunması, TBK m.603' ün uygulanmasına engeldir. Zira ticari işler, hız ve kolaylık gerektirir.

- Aile birliğini korumak amacıyla getirilen eşin rızasına ilişkin TBK m.584' ün, kanımızca aval için de uygulanması gerektiği düşünülse de; söz konusu hükmün ne şekilde uygulanacağına ilişkin yasal bir düzenleme

³Takibe konu çekin incelenmesinde; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenmiş olup, kambyo vasfını taşıdığı, borçluların aval veren olduğu görülmektedir. Avalist kimin için taahhüt altına girmiş ise tipki onun gibi sorumludur. Türk Ticaret Kanunu'nda taahhüt altına girmek için eşin rızası koşulu düzenlenmemiştir. Kıymetli evraklar 6102 sayılı

Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesine göre ticari iş sayıldıklarından, Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Borçlar Kanununun maddesinin somut olayda uygulama yeri yoktur. O halde mahkemece şikayetin reddine karar vermek gerekir. (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2013/16400 E. ve 2013/25100 K. Sayı ve 04.07.2013 Tarih)

³Aksu, Raziye; Aval Kurumu, Ankara 2015, [Seçkin Yayınları], s.108-109.



bulunmadığı gibi doktrinde ileri sürülmüş bir çözüm de mevcut değildir. Avalin eşinin rızası kambiyo senedi üzerine mi yoksa başka bir belgeye mi alınacaktır? Avalin kambiyo senedi yahut alonj üzerine verilmesi hasebiyle doktrinde bu soruya, avalin eşinin izninin kambiyo senedi yahut alonj üzerine alınması gerekir şeklinde cevap verilmektedir. Ancak TTK m.701/3 uyarınca, muhatabın ve düzenleyenin haricinde poliçenin ön yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır, arka yüz ve alonj üzerinde yer alan imza ise, cironun şekline ilişkin TTK m.683 nedeniyle beyaz ciro sayılma riski ile karşı karşıyadır. Eş söyleyişle, eş izni almaya çalışırken, yeni bir borçlu yaratma riski doğmaktadır.⁵

Avalistin eşinin rızasının başka bir belge üzerine alınması da mümkün değildir. Zira tedavüle çıkan kambiyo senedidir, bu sebeple avalin unsurlarının kambiyo senedi üzerinde bulunması gerekmektedir.

SONUÇ

Kanun koyucu TBK m.603 ile alacaklıların kefil koruyucu hükümleri dolanmalarını önlemeyi amaçlamıştır. Fakat kefaletle ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanması, bu tip hukuki işlemlerin yapısına uymayan şekil ve ehliyet koşulları ortaya çıkarmıştır. Avalin şekline ilişkin TTK m.701’ de özel düzenleme bulunduğundan, kefalet sözleşmesinin şekline hükümler aval için uygulanmayacaktır. Ancak eş rızası hususunda hem TTK’ da özel düzenleme bulunmaması hem de hükmün amacı birlikte değerlendirildiğinde, avalistin eşinin rızasının alınması gerekmektedir. Avalistin eşinin rızasının ne şekilde alınacağı konusunda ise aval kurumunun yapısından, hukuki niteliğinden kaynaklanan sorunlar bulunmaktadır. Bu nedenle TBK m.603’ ün yeniden kaleme alınması ve kişisel güvence vermek amacıyla yapılan hukuki işlemlere ilişkin her bir işlemin hukuki niteliğine uygun düzenlemeler getirilmesi kaçınılmazdır.

⁵Aksu, s.110.



